Die Begriffe „Ablieferung", „Abnahme", „Annahme" und „Empfangnahme"

im

Kauf- und Frachtrecht

nach

bürgerlichem und Handelsrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt der

Juristenfakultät zu Rostock

von

Max Hackert,

Gerichtsreferendar,

Eickel i. Westf.

Bochum.
Buchdruckerei Wilh. Stumpf, G. m. b. H.
1903.

Die Begriffe

„Ablieferung", „Abnahme", „Annahme" und „Empfangnahme"

im

Kauf- und Frachtrecht

nach

bürgerlichem und Handelsrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt der

Juristenfakultät zu Rostock

von

Max Hackert,

Gerichtsreferendar,

Eickel i. Westf.

Bochum.
Buchdruckerei Wilh. Stumpf, G. m. b. H.
1903.

Literatur-Verzeichnis.

Achilles, kommentierte Ausgabe des B. G.-B.

Barkhausen, Klage des Verkäufers auf Abnahme der Ware in Goldschmidt's Zeitschrift, Bd. 30.

Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselrechts.

Cosack, Handelsrecht V. Auflage,
Lehrbuch des B. G.-B.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts.

Dernberg, Pandekten, V. Auflage,
Preuss. Privatrecht.
Das bürgerliche Recht.

Eger, Frachtrecht I. und II.

Endemann, Lehrbuch des B. G.-B.,
Handbuch des H.-G.-B. II. u. III. 1882.

Fuchsberger, Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe, Heft 8—12.

Gareis, Stellen zur Disposition.

Gareis und Fuchsberger, Kommentar zum H.-G.-B.

v. Gerber, System des deutschen Privatrechts, 17. Auflage.

Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 26.

Harnier, in „Deutsche Juristenzeitung", IV. No. 5.

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers, II.

Heilfron, Lehrbuch des B. G.-B.

Hentschel, Die Mängelrüge des Käufers. (Dissertation.)

Jacobi, Die Abnahmepflicht des Käufers. In Ihering's Jahrbüchern für Dogmatik, zweite Folge, Band IX, S. 259 ff.

Kirsten, Übersendung und Ablieferung. (Dissertation.)

Kohler, Zwölf Studien zum B. G.-B. Gläubigerverzug. Im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 13.

Laband, Zum 2. Buch des Entwurfs eines B. G.-B. Im Archiv für zivil. Praxis, Bd. 74.

Lehmann und Ring, Kommentar zum H.-G.-B. II.

Lehmann, In „Deutsche Juristenzeitung", VII. No. 21.

v. d. Leyen, Die Ablieferung in Goldschmidt's Zeitschrift f. d. ges. H.-R., Bd. 16.

Litthauer, Kommentierte Ausgabe des H.-G.-B.
Lutz, Protokolle des H.-G.-B.
Makower, Kommentar zum H.-G.-B., 12 Aufl.
Michelsen, Die Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Abnahme nach Gem. Recht und Handelsrecht. (Dissertation 1897.)
Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen von Holdheim, IX. 1900. No. 2.
Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse.
Planck, Kommentar zum B. G.-B.
Preussischer Entwurf zum H.-G.-B. nebst Motiven.
Rauert, Anspruch auf Abnahme bei Kauf u. s. w. (Dissertation 1902).
Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers in Iherings Jahrbüchern VII.
Schanzenbach, Gibt es oder wie weit gibt es in gegenseitigen Verträgen eine Pflicht zur Annahme der Gegenleistung? (Dissertation.)
Scherer, Kommentar zum Rechte der Schuldverhältnisse.
Seuffert's Archiv, Bd. 5, 47 und 48.
Schollmeyer, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse.
„ Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. (Kauf.)
Sintenis, Zivilrecht II. 1869.
Sprenger, Über die Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Abnahme. Gruchot, Preuss. Recht, Bd. 24.
Staub, Kommentar zum H.-G.-B. 2., 6. und 7. Aufl.
Stübel, Die Mängelanzeige im Handelsverkehr. Im Sächsischen Archiv für bürgerl. Recht und Prozess, Bd. X, Heft 7 und 8.
Thöl, Handelsrecht.
Treitschke, Der Kaufkontrakt.
Windscheid, Pandekten, V. Aufl.
Wolf, Zur Lehre von der mora.

In den Bestimmungen des B. G.-B. und H.-G.-B. über den Kauf und das Frachtgeschäft begegnet man verschiedentlich den Begriffen „Ablieferung", „Abnahme", „Annahme" und namentlich im alten H.-G.-B. auch der „Empfangnahme". In der Praxis werden diese Begriffe, welche alle etwas Ähnliches bedeuten, oft als Synonyma gebraucht. Dies ist jedoch unrichtig. Der Gesetzgeber will da, wo er sie gebraucht, etwas ganz Bestimmtes, einen gewissen Vorgang damit bezeichnen; er verwendet sie als „technische" Begriffe; daher sind sie genau von einander zu trennen.

Was die einzelnen Begriffe zu bedeuten haben, soll Gegenstand der folgenden Abhandlung sein.

Die Ablieferung.

a) beim Kauf.

§ 1.

Der Begriff der „Ablieferung" wird beim Kauf in Verbindung mit der Mängelrüge des Käufers gebraucht. Sie stellt den Zeitpunkt dar, wo der Käufer die gekaufte Ware auf ihre Beschaffenheit zu untersuchen und dem Verkäufer von etwa vorhandenen Mängeln Nachricht zu geben hat, falls er sich vor dem Präjudiz der Genehmigung schützen will. Eingeführt ist der Begriff der „Ablieferung" durch das alte H.-G.-B.; dieses legte in Art. 347 auch zum ersten Male dem Käufer die Pflicht auf, die übersandte Ware zu untersuchen. Bisher war dieser nicht verpflichtet gewesen, die Kaufsache zu untersuchen, seine Ansprüche aus etwa vorhandenen Mängeln verjährten nur binnen 6 Monaten resp. einem Jahre nach dem Verkauf. Für den Beginn dieser Verjährungsfrist war auch noch nicht der Moment der Ablieferung, sondern der des Verkaufs resp. der Übergabe massgebend, da die Berechnung

utiliter erfolgte. Es stellte sich nun das Bedürfnis heraus, dem Käufer im Interesse des Verkäufers und zur Sicherung eines geordneten Handelsverkehrs die Pflicht einer sofortigen Untersuchung der Waren wenigstens bei Distanzkäufen aufzuerlegen.[1]) Einerseits liegt hierin keine Beschwerung des Käufers, denn ein ordentlicher Kaufmann wird stets die gekaufte Ware auch möglichst bald auf ihre Tauglichkeit untersuchen, andererseits ist eine sofortige Untersuchungspflicht im Interesse des Verkäufers geboten, damit dieser weiss, woran er ist, und nicht noch nach Monaten wegen Mängel der Waren in Anspruch genommen werden kann, deren Vorhandensein sich, zumal wenn es sich um leicht verderbliche Ware handelt, gar nicht mehr feststellen lässt. Waren erst gar Zwischenhändler da, so ist die Notwendigkeit einer sofortigen Untersuchung um so grösser, denn dieselben könnten noch zu einer Zeit in Anspruch genommen werden, wo ihnen selbst der Regress an ihren Vormännern, wenn nicht unmöglich, so doch sehr erschwert wäre; unter Umständen ist ja der Zwischenhändler garnicht mehr in der Lage, nach längerer Zeit anzugeben, von wem er selbst die Ware bezogen hat.

Das alte H.-G.-B. liess nun richtigerweise die Untersuchungspflicht nicht mit der Übergabe der Waren beginnen, — denn der Begriff der Übergabe, traditio, war gemeinrechtlich sehr bestritten — es führte vielmehr für den Beginn der Untersuchungspflicht den Begriff der „Ablieferung“ ein.

Das B. G.-B. ist insofern dem früheren Gemeinen Recht gefolgt, als es dem Käufer die Pflicht zur Untersuchung nicht vorschreibt, es bestimmt nur, dass die Ansprüche wegen Mängel zugesicherter Eigenschaften bei beweglichen Sachen innerhalb sechs Monaten nach der „Ablieferung“ verjähren. Das neue H.-G.-B. hat in § 377 den Art. 347 des früheren H.-G.-B. im wesentlichen übernommen, also dem Käufer auch die sofortige Untersuchung der Ware zur Pflicht gemacht; doch mit zweifacher Modifikation: Art. 347 forderte die sofortige Untersuchung der Ware nur dann, wenn dieselbe von einem anderen Orte übersendet war, also bei Distanzkäufen, das neue H.-G.-B.

[1]) Prot. des a. H.-G.-B. von Lutz S. 644.

hat von dieser Einschränkung abgesehen, und dem Käufer ganz allgemein, also auch bei Platzkäufen, die sofortige Untersuchung vorgeschrieben. Dagegen hat es die Untersuchungspflicht nach anderer Richtung hin eingeschränkt. Früher trat die Untersuchungspflicht ein, wenn ein Handelsverkauf vorlag, das heisst wenn der Kauf für einen der Kontrahenten ein Handelsgeschäft war; also auch der Nichtkaufmann musste, falls er in solchem Falle der Käufer war, die Ware sofort untersuchen. — Das neue H.-G.-B. verlangt die sofortige Untersuchung nur dann, wenn der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft ist. Andernfalls bewendet es bei den Vorschriften des B. G.-B § 477.

Die Verjährungsfrist bezüglich der Ansprüche wegen Mängel, resp. die Pflicht der sofortigen Untersuchung der Ware beginnt sowohl nach B. G.-B. § 477 (492) als auch nach H.-G-.B. § 377 mit der „Ablieferung" der gekauften Sache. Es wird sich nunmehr fragen, was haben wir unter „Ablieferung" zu verstehen?

Der Begriff der „Ablieferung" ist in Theorie und Praxis keineswegs einheitlich definiert; es mögen daher einige Definitionen angeführt sein:

Hanausek [1]) sagt: „Die Ware gilt dann als abgeliefert, wenn der letzte Transporteur die vom Verkäufer oder dem unmittelbar vorhergehenden Transporteur behufs des Transportes erhaltene Gewahrsame mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Käufers wieder aufgibt".

Ähnlich Lehmann [2]): „Der Abliefernde muss den unmittelbaren Besitz des Kaufobjektes aufgeben, und zwar mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Käufers".

v. d. Leyen [3]) „Ablieferung ist diejenige Handlung des Verkäufers bezw. seines Stellvertreters, welche dem Käufer den Gewahrsam gewährt". Das R.-O.-H.-G.[4]) definiert die Ablieferung beim Kauf als denjenigen Akt, durch welchen der Verkäufer den Käufer in die Lage setzt, über die Ware tat-

[1]) Haftung des Verkäufers, II. S. 30.
[2]) Kommentar zum H.-G.-B., S. 157.
[3]) In Goldschmidts Zeitschr., XVI. S. 89.
[4]) III. No. 82, S. 392 und XXIV. No. 6, S. 28 und 29.

sächlich verfügen und deren Beschaffenheit untersuchen zu können; ähnlich sagt das

R.-G.[1]) über die Ablieferung: „Wesentlich ist, dass der Käufer durch die Ablieferung die tatsächliche Möglichkeit erlangt, durch streng einseitigen Akt sich sofort den Gewahrsam einer Sache zu verschaffen, sie zu untersuchen und darüber tatsächlich zu verfügen. (Ebenso Gareis in Endemanns Handbuch des H.-R. II, S. 793, Planck Anm. 4a, zu § 477 B. G.-B. und Crome, System des B. G.-B., S. 474).

In einer neueren Entscheidung[2]) spricht es sich anders über die Ablieferung aus. Es bezeichnet sie hier als den Akt des Verkäufers, durch welchen er die Ware aus seiner Verfügungsgewalt entlässt, um den Käufer in die Lage zu setzen, nunmehr seinerseits darüber verfügen zu können, und durch den der Käufer, selbst oder durch einen Beauftragten, die Ware übernimmt."

Diese Definition ist von Staub, (Kommentar zum H.-G.-B. 6. Aufl., Anmerkung 16, zu § 377) übernommen. —

Am weitesten geht von den angeführten Meinungen die von v. d. Leyen, denn sie erfordert, dass der Käufer den Gewahrsam bekomme; nach ihm ist also erst dann abgeliefert, wenn der Käufer die Ware in Händen, in seinem unmittelbaren Besitz hat. Das andere Extrem bildet die Ansicht des R.-G. in der Entscheidung Bd. V und des R.-O.-H.-G., sie verlangt nur, dass dem Käufer die Möglichkeit gegeben sei, sich den Gewahrsam der Ware zu verschaffen, sie untersuchen und prüfen zu können. Die übrigen angeführten Definitionen bezeichnen Zwischenpunkte zwischen diesen beiden Extremen. Hanausek verlangt, dass der Transporteur den Gewahrsam aufgegeben habe und zwar mit Einwilligung des Käufers; den Gewahrsam der Ware braucht der Käufer nicht gleichzeitig erlangt zu haben, andererseits genügt auch nicht, dass der Käufer die Möglichkeit habe, die Ware prüfen und untersuchen zu können; es muss nach ihm noch die Auf-

[1]) V. No. 8, S. 31 und 32.
[2]) Urteil vom 21. Oktober 1899 (abgedr. bei Holdheim, Zeitschrift für Handelsrecht und Bankwesen IX., S. 50).

gabe des Gewahrsams seitens des Transporteurs und die Genehmigung des Käufers dazu kommen. — Von einem anderen Gesichtspunkte geht die neueste R.-G.-Entscheidung aus, sie verlangt zwar nicht, dass der Käufer den Gewahrsam der Ware bekommen habe, sie begnügt sich auch nicht damit, dass der Käufer die Möglichkeit habe, über sie verfügen zu können, sondern sie verlangt, dass die Sache in die Verfügungsgewalt des Käufers übergegangen sei. Die nähere Erläuterung wird später bei den Beispielen erfolgen. Die Ansicht des R.-G. in der letzten Entscheidung ist übrigens in jüngster Zeit noch von anderer Seite vertreten worden, vergl. die Entscheidung des Oberlandesgerichts Darmstadt vom 20. Dezember 1902 in der Zeitschrift „das Recht" VII. No. 6, S. 161: „Die Untersuchungspflicht setzt Ablieferung voraus; diese ist erst dann erfolgt, wenn die Ware in die Verfügungsgewalt des Käufers gelangt ist." Auch die Handelskammer in Leipzig[1]) hat sich auf eine Anfrage des Oberlandesgerichts in Hamburg gutachtlich im Sinne der obigen R.-G.-Entscheidung ausgesprochen.

§ 2.

Juristisch betrachtet handelt es sich bei der „Ablieferung" um einen tatsächlichen Vorgang, einen tatsächlichen Akt, ein Rechtsgeschäft ist sie also nicht; hierüber herrscht kein Zweifel, ausserdem ist verschiedentlich vom R.-G. hervorgehoben worden, das die Ablieferung etwas Tatsächliches sei. (V. No. 8, S. 31 und in der letztgenannten Entscheidung). Mit der Übertragung des Eigentums an der Kaufsache hat sie also nichts zu tun, (ebenso Makower Komm. IIIa 1, zu § 377,) sie kann allerdings hiermit zusammenfallen, wie das bei Platzkäufen die Regel sein wird, sie braucht es aber nicht. Die Ablieferung kann der traditio vorausgehen und auch nachfolgen.[2])

Auch mit der „Übergabe" des B. G.-B. ist die „Ablieferung" nicht identisch. Im ersten Entwurfe zum B. G.-B. stand zwar, dass die Ansprüche des Käufers wegen Mängel zugesicherter Eigenschaften in 6 Monaten seit der „Übergabe"

[1]) abgedr. in der Zeitschrift „das Recht" VII Nr. 1 vom 10. Januar 1903.
[2]) R.-O.-H.-G. XXIV. No. 6, S. 28.

verjährten. Von der zweiten Kommission wurde „Übergabe" in „Ablieferung" umgeändert nach dem Vorbilde des alten H.-G.-B. Art. 349, und mit Recht, denn unter „Übergabe" versteht das B. G.-B. die körperliche Übergabe, die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes.[1]) Die Ablieferung besteht aber nicht immer in der Erlangung des unmittelbaren Besitzes, wenigstens darf sie hiervon nicht abhängig gemacht werden, (vergl. unten) und deshalb war die Änderung der zweiten Kommission gerechtfertigt.

Es wird sich nunmehr fragen, in welchem Vorgang dann die Ablieferung zu suchen ist. Sie mit der Erlangung des unmittelbaren Besitzes, des Gewahrsams, seitens des Käufers zu identifizieren, ist m. E. darum nicht richtig, weil der Käufer in vielen Fällen niemals den Gewahrsam bekommt, nämlich weil er die Ware inzwischen schon weiterverkauft hat und der Bote resp. Frachtführer beauftragt wird, die Waren sofort weiter zu transportieren; oder wenn sie dem Verkäufer durch constitutum possessorium zu Miete oder Leihe oder Aufbewahrung belassen werden; ebenso verhält es sich, wenn man Ablieferung in der Aufgabe des Gewahrsams seitens des Verkäufers oder des Frachtführers finden will (mit oder ohne Einwilligung des Käufers). Wird der Frachtführer sofort mit der Weiterbeförderung betraut, oder behält der Verkäufer die Ware auf Grund eines const. poss., so gibt er ja in Wirklichkeit den Gewahrsam überhaupt nicht auf, trotzdem wird man in solchen Fällen die Ware an den ersten Käufer als abgeliefert betrachten müssen. Die richtige Definition gibt m. E. die letzte R.-G.-Entscheidung. Hiernach ist Ablieferung der Akt des Verkäufers, durch welchen die Ware aus seiner Verfügungsgewalt in die des Käufers gelangt. Das R.-G.[2]) und das R.-O.-H.-G.[3]) bezeichnen die Ablieferung als einen Akt des Verkäufers. Hanausek wendet sich hiergegen[4]), indem er bemerkt, dass hier anscheinend angenommen werde, die

[1]) so Planck, Anm. 6a zu § 433 und 4b zu § 477; Staub, Komm. II S. 1281, vergl. auch § 929 B. G.-B.
[2]) R.-G. V. No. 8, S. 31.
[3]) R.-O.-H.-G. III. No. 82, S. 392.
[4]) Anm. 6, S. 30 u. 31.

Ablieferung sei eine Tätigkeit des Verkäufers, dem sei jedoch nicht so, es handele sich lediglich um eine Tätigkeit des Transporteurs, denn der Transport könne auch von einem vom Käufer beauftragten Frachtführer ausgeführt werden, und erst wenn der letzte Transporteur den Gewahrsam (mit Einwilligung des Käufers) aufgegeben habe, sei abgeliefert. — Hierzu ist zu bemerken, dass die Streitfrage, ob bei der Ablieferung eine Tätigkeit des Verkäufers oder des Transporteurs vorliege, vielleicht für das Recht des alten H.-G.-B. Bedeutung hatte, insofern dort nur bei Distanzkäufen der Moment der Ablieferung wesentlich war. Für das heutige Recht wird man für die Ablieferung nicht mehr die Tätigkeit eines Transporteurs voraussetzen dürfen, denn man spricht jetzt auch bei Platzkäufen, ja sogar beim Handkauf von Ablieferung.

Sodann ist auch die Ansicht m. E. verfehlt, dass beim Distanzkauf immer erst mit der Abgabe der Ware seitens des letzten Transporteurs an den Käufer die Ware abgeliefert sei, auch wenn dieser Beauftragter des Käufers ist. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 377 H.-G.-B. erfolgt die Ablieferung durch den Verkäufer; insofern ist dies nicht wörtlich zu nehmen, als die Ware natürlich auch durch einen Beauftragten des Verkäufers abgeliefert werden kann, niemals aber durch einen Beauftragten des Käufers selbst. Trifft der Fall ein, dass bei Distanzkäufen der Käufer die Ware holen, oder dass er wenigstens einen Teil des Transportes selbst besorgen lässt, so ist mit der Abgabe der Ware an seinen Beauftragten die Ablieferung erfolgt; die Kaufsache verlässt eben mit der Ausantwortung des Verkäufers resp. seines Frachtführers an den des Käufers den Verfügungsbereich, die Verfügungsgewalt des Verkäufers und geht gleichzeitig in die des Käufers über. Gleichgültig ist hierbei, ob der Beauftragte des Käufers auch zugleich die Befugnis zur Untersuchung und Prüfung der Ware hatte.[1])

Ganz in diesem Sinne hat sich auch die Handeskammer in Leipzig auf eine Anfrage des Oberlandesgerichts Hamburg

[1]) anders Hanausek, S. 38 und Lehmann, S. 157.

gutachtlich geäussert.[1]) Aus diesem Gutachten sei folgendes erwähnt:

Eine Bremer Importfirma hatte einem Handelshause in Cöln 100 Kisten amerikanische Ringäpfel verkauft unter der Verabredung cif. Rotterdam Nach ihrer Ankunft in Rotterdam, waren die Äpfel auf Anweisung der Käuferin nach Cöln und Duisburg gesandt, hier untersucht und als nicht vertragsmässig beanstandet worden. In Rotterdam hatte eine Untersuchung nicht stattgefunden. In dem nun folgenden Rechtsstreit hat das Oberlandesgericht Hamburg die Handelskammer in Leipzig um eine gutachtliche Äusserung ersucht, ob vorliegend Rotterdam oder Cöln als Ort der Ablieferung anzusehen sei. Nach Umfrage bei den Leipziger Importfirmen hat sich die Handelskammer dahin geäussert, dass Rotterdam, und nicht Cöln als Ablieferungsort zu gelten habe, dass also die Untersuchung verspätet gewesen sei. — In den Gründen wird unter anderem ausgeführt, dass der Spediteur, welcher die Weiterbeförderung vom Seehafen in Rotterdam ins Binnenland übernehme, stets der Beauftragte des Käufers sei. Im Seehafen, also Rotterdam, habe der Käufer die volle Verfügungsgewalt über die Ware erlangt (und in der Tat auch ausgeübt).

Am einfachsten liegt der Fall bei Platzkäufen. Hier fällt die Ablieferung mit der Übergabe zusammen.[2]) Selbst wenn der Käufer die gekauften Waren nicht gleich an sich nimmt, sie vielmehr einstweilen beim Verkäufer belässt, damit dieser sie nachher schicke, oder bis er sie abholen lässt. Von dem Moment der Übergabe an kann der Käufer über die Ware verfügen und hat er verfügt, somit ist auch die Ablieferung vollzogen. Im Falle des § 377 H.-G.-B., also bei beiderseitigem Handelskauf, hat demnach die Untersuchung sofort zu erfolgen, widrigenfalls die Waren als genehmigt gelten.

Wurde die Ware von einem Stellvertreter des Käufers gekauft, so ist ebenfalls mit der Übergabe an diesen abgeliefert, auch wenn er nicht zur Untersuchung bevollmächtigt war;[3])

[1]) Zeitschr. „Das Recht“ VII, No. 1.
[2]) ebenso Lehmann, S. 158.
[3]) anders Lehmann, S. 158.

denn mit der Übergabe der Ware an den Bevollmächtigten ist die Ware in die Verfügungsgewalt des Käufers übergegangen.

Hat der Käufer die Waren nicht persönlich oder durch Stellvertreter gekauft, sondern etwa brieflich bestellt, so sind dieselben natürlich nicht eher abgeliefert, als bis sie ihm ins Haus gebracht sind, oder bis sein Bevollmächtigter (Diener etwa) sie an sich genommen hat. (Es entspricht dies auch dem gewöhnlichen Sprachgebrauche). Liegt ein Distanzkauf vor, so ist genau festzustellen, wann die Ware den Verfügungsbereich des Verkäufers verlässt. Ist der Transporteur Beauftragter des Käufers, wie z B. in dem Falle, dass der letztere die Waren am Wohnsitz des Verkäufers auf seine eigenen Schiffe laden lässt, so ist mit der Übernahme der Ware auf das Schiff des Käufers abgeliefert. Dieser hat dann auch für die sofortige Untersuchung zu sorgen, indem er dem Schiffe von vornherein Anweisung gibt, oder einen sachverständigen Beamten mitschickt. — Wird der Transport teilweise vom Verkäufer, teilweise jedoch vom Käufer besorgt, so liegt der Fall vor, mit welchem sich das oben angeführte Gutachten der Handelskammer beschäftigt. Es ist dann festzustellen, von wo aus der Transport durch den Käufer beginnt.

Wird der ganze Transport vom Verkäufer ausgeführt, so ist abgeliefert, wenn der Käufer die bestellten Waren in seinem Hause oder Lager hat, nicht schon, wenn der Frachtführer, z. B. die Eisenbahn, den Käufer von der Ankunft am Bestimmungsorte benachrichtigt hat. Es genügt also keineswegs, dass der Frachtführer dem Käufer den Frachtbrief übersandt hat,[1]) denn hiermit erlangt der Käufer zwar die Möglichkeit über die Ware zu verfügen; macht der Käufer aber von dieser ihm zustehenden Möglichkeit keinen Gebrauch, so ist die Ware garnicht in seine Verfügungsgewalt übergegangen (ebenso Staub, Anm. 16 zu § 377). Es muss von seitens des Käufers noch etwas hinzukommen, die „Übernahme“ der Waren seitens des Käufers (R.-G. vom 21. Oktober 1891, Senff, Arch. 48, 109 und

[1]) ebenso Oberlandesgericht Darmstadt a. a. O. und Fuchsberger, Entscheidungen zu § 377.

R.-O.-H.-G. XXIV No. 6, S. 29) in seine Verfügungsgewalt. Besorgt der Verkäufer oder die Eisenbahn als sein Frachtführer auch das Abrollen, so ist die Ablieferung erfolgt, wenn die Waren mit Zustimmung des Käufers in dessen Hause oder Lagerschuppen eingebracht sind, oder, falls die Bahn das Abrollen nicht besorgt, wenn die Ware auf die Fuhre des Käufers abgeladen ist.

§ 3.

Es wird sich nun fragen, liegt „Ablieferung" vor, wenn der Käufer auf die Nachricht der Bahn von der Ankunft der Waren nicht reagiert, vielleicht weil er im Glauben ist, er habe nichts bestellt, oder wenn er direkt dem Verkäufer oder Frachtführer gegenüber die Annahme verweigert? — Bisher waren die Ansichten, namentlich in der Praxis, hierüber geteilt.

Nach dem bereits oben angezogenen Erkenntnis des R.-O.-H.-G. III, No. 82, S. 392 ist allerdings schon abgeliefert, wenn die tatsächliche Möglichkeit und die rechtliche Verplichtung zur Annahme und Abnahme vorliegt, also auch, wenn der Käufer in Wirklichkdit die Abnahme verweigert; ähnlich R.-O.-H.-G. VI. No. 34, S. 166. Späterhin hat das R.-O.-H.-G verschiedentlich anders entschieden und z. B. in einem Falle (VI No. 73, S. 325), wo der Käufer grundlos die Annahme der zugesandten Ware verweigert hatte, angenommen, dass keine Ablieferung vorgelegen habe. In einem anderen Falle (VII. No. 56, S. 224) sagt es: „Weist der Käufer die ihm angebotene Ware einfach zurück, weil er überhaupt nicht verpflichtet sei, sie anzunehmen, so kann . . . . . von einer Ablieferung dem Wortverstande nach nicht die Rede sein". Ebenso XV. No. 21, S 54, XXI. No. 84, S. 260, XXIV. No. 6, S 29: „Eine effektlose Realoblation, ein fehlgeschlagener Versuch der Ablieferung reicht nicht aus, vielmehr ist vollendete Ablieferung d. h. Übernahme von seiten der Käufers erforderlich . . . . . Das R.-G. hat sich für die erstere Ansicht entschieden. In der Entscheidung V. No. 8, S. 31 bezeichnet es die Ablieferung als eine einseitige Handlung des Verkäufers und führt aus, dass zur „Ablieferung" eine zwar reale aber abgelehnte Traditionsofferte des Verkäufers

nicht genüge, falls er sich hierbei beruhige und nicht weiter zur Entäusserung des Gewahrsams schreite; es nimmt also darnach „Ablieferung“ an, wenn der Verkäufer trotz Annahmeverweigerung des Käufers den Gewahrsam aufgibt. — Ebenso hat es in der Entscheidung vom 21 Januar 1898 [1]) erkannt. Es hatte hier jemand Bretter gekauft. Auf die Nachricht der Bahn hin, die Bretter seien angekommen, begibt sich der Käufer zur Bahn, sieht aber hier sofort, dass die Bretter total durchnässt sind. Später verweigert er die Annahme Das R.-G. hat angenommen, es sei abgeliefert gewesen, weil der Käufer die Möglichkeit der tatsächlichen Untersuchung gehabt habe. — Nach der letzten Entscheidung vom 21. Oktober 1899 würde das R.-G. wohl zu einem anderen Resultat kommen. Solange der Käufer nicht annimmt, sind eben die angebotenen Waren nicht in seine Verfügungsgewalt übergegangen. Dabei ist es gleichgültig, ob die Weigerung der Annahme berechtigt oder unberechtigt ist [2]) Ob ferner der Verkäufer bei Abnahmeverweigerung des Käufers den Gewahrsam aufgibt oder nicht, ist somit ebenfalls gleichgültig.

Aus dem Gesagten darf nun aber nicht geschlossen werden, dass der Käufer die Ware in seinen unmittelbaren Besitz übernehmen müsse, dass die Ablieferung eine „Abnahme“ voraussetze oder gar mit dieser identisch sei.[3]) Es wird nur die Regel sein, dass der Käufer gekaufte Waren, die ihm übersandt sind, auch gleich in seinen unmittelbaren Besitz nimmt, oder technisch ausgedrückt: „abnimmt“. Notwendig ist dies jedoch nicht; die Ablieferung ist von einem Wechsel des unmittelbaren Besitzes unabhängig. Der Übergang in die Verfügungsgewalt des Käufers kann auch anders erfolgen. Der Käufer teilt z. B. dem Frachtführer des Verkäufers auf die Nachricht von der Ankunft der Ware mit, er möge sie noch eine Woche auf Lager behalten, es fehle ihm der nötige Platz; oder er schliesst mit dem Frachtführer sofort einen Vertrag über Weiterversendung an einen dritten Abnehmer. — Mit

[1]) bei Gruchot, Bd. 43, S. 763.
[2]) Ebenso Hanausek, S. 36, Lehmann, Komm. S. 157, Mokower, S. 1166.
[3]) ebenso Lehmann, S. 156.

dem Abschluss des Verwahrungs- oder Frachtvertrages ist die Ware vom Käufer in seine Verfügungsgewalt übernommen, somit auch abgeliefert.[1]) Genau ebenso ist es, wenn der Käufer die gekaufte Sache dem Verkäufer vielleicht zur Miete oder Leihe belässt (constitutum possessorium). Hier liegt in den const. poss. die Übernahme des mittelbaren Besitzes, der Verkäufer ist von da ab nur noch Mieter u. s. w., die Ablieferung liegt also hier im const poss.[2])

Es braucht auch nicht einmal ein besonderer Verwahrungs- oder Frachtvertrag abgeschlossen zu werden; es genügt die Übernahme des mittelbaren Besitzes seitens des Käufers, ohne dass er in ein besonderes Vertragsverhältnis zum Verkäufer oder Transporteur tritt, sodass der Verkäufer oder sein Frachtführer nur noch als unmittelbare Besitzer oder Besitzdiener für ihn besitzen. (Vergl. R.-O.-H.-G. VII., S. 224: „Nach dem aus dem Wortverstande sich ergebenden Sinne ist eine Ware nur dann als abgeliefert zu betrachten, wenn sie durch Abnahme in den Gewahrsam des Käufers . . . . oder seines Stellvertreters gelangt, wobei selbstverständlich erscheint, dass eine unmittelbare Besitzergreifung nicht nötig ist und dass die Übernahme auch aus den Umständen gefolgert werden kann"). Solche Fälle werden recht oft vorkommen, auch bei Platzkäufen, wo die Ware dem Verkäufer einstweilen noch belassen wird mit der Weisung, man werde sie in den nächsten Tagen abholen lassen. Einer ausdrücklichen Erklärung bedarf es hierzu nicht, auch aus der Handlungsweise des Käufers wird sich unter Umständen folgern lassen, dass er die Ware in seinen mittelbaren Besitz übernehmen will. Man denke z. B. an den Fall, es kommt eine Sendung Bier von auswärts an und der Käufer schickt Eis, um es vor dem Verderben zu schützen; oder es steht ein Waggon Korn für ihn am Bahnhof und er schickt Leute, um den Waggon zu decken gegen Regen.

[1]) ebenso Hanausek, ll., S. 32, 33 R.-O.-H.-G. Xl. No. 28, S. 146.
[2]) ebenso Lehmann, S. 158.

§ 4.

Zur Ablieferung ist aber notwendig, dass der Käufer die unbeschränkte Verfügungsgewalt über die Ware erlangt hat; ist diese noch irgendwie beschränkt, dann ist auch nicht abgeliefert. Hierher gehört z. B. der Fall, dass die übersandten Waren noch verzollt werden müssen.[1])

Teilt der Frachtführer dem Käufer unter Übersendung der Begleitpapiere einfach mit, er habe die Waren an das Zollamt abgegeben, sie könnten dort von einem bestimmten Termin an abgeholt werden, so ist damit noch nicht abgeliefert. Hatte dagegen der Käufer die übersendeten Waren bereits vorher in seine Verfügungsgewalt genommen, etwa in der Weise, dass er dem Schiffer sofort nach Ankunft im Seehafen seinerseits die Weisung gab, nach Verzollung des Getreides dasselbe nach einem dritten Ort weiterzutransportieren, so ist schon vor der Abgabe der Ware ans Zollamt die Ablieferung erfolgt. Dieser Fall bildet also im Prinzip keine Ausnahme von der Regel.

Genau ebenso ist es, wenn Waren aus seuchenverdächtigen Gegenden kommen und am Ablieferungsorte, z. B. im Seehafen in Quarantaine gelegt werden; so lange der Käufer noch nicht unbeschränkt über die Ware verfügen kann, sind sie auch noch nicht abgeliefert.

Man könnte nun denken, wenn der Käufer die Ware in seinem unmittelbaren Besitz z. B. in seinem Hause oder seinem Lager habe, dann sei unter allen Umständen abgeliefert, denn dann habe er ja die volle Verfügungsgewalt über die Sache erlangt. In den allermeisten Fällen wird dies auch zutreffen, nur muss dann die Ware im Einverständnis des Käufers in sein Lager oder Haus gelangt sein, denn sonst könnte ja der Verkäufer oder sein Frachtführer die Ablieferung einfach dadurch bewirken, dass er dem Käufer die Waren, die dieser vielleicht vorher zurückgewiesen hat, hinter seinem Rücken in seine Räume bringt. Zum mindesten muss man doch wohl im Interesse des Käufers annehmen, dass er den Besitz und

[1]) anders Hanausek, S. 31 Anm. 6, und Lehmann, S. 157.

damit die Verfügungsgewalt wissentlich erlangt haben muss.[1]) Er ist ja nach § 377 H.-G.-B. verpflichtet, unverzüglich nach der Ablieferung zu untersuchen. Weiss er nun aber von einer so erfolgten „Ablieferung" nichts, so trifft ihn womöglich das Präjudiz aus § 377, ohne das er etwas dafür kann. Auch das R.-G. nimmt dies in der Entscheidung Bd. V. S. 31 an, denn es sagt: es würde „Ablieferung" enthalten können, wenn der Verkäufer ohne Mitwirkung des Käufers die Ware in einem Lagerraum des letzteren niederlegt und den Käufer davon benachrichtigt.

War die Ware vereinbarungsgemäss vom Verkäufer direkt in den Lagerraum des Käufers zu schaffen, so ist sie abgeliefert, wenn sie hier eingebracht, und der Käufer von ihrem Vorhandensein in Kenntnis gesetzt ist. Vorausgesetzt wird hierbei, dass sie zur vereinbarten Zeit dort eingebracht wurde. Ging z. B. der Vertrag zur Lieferung eines Waggons Roggen am 1. April 1903, so wird der Roggen, falls er schon acht Tage früher dem Käufer auf Lager gebracht wird, noch nicht als „abgeliefert" im Sinne von § 377 H.-G.-B. betrachtet werden können. Nach dem Vertrage sollte die „Ablieferung" am 1. April stattfinden. Schickt der Verkäufer dann dem Käufer den Roggen acht Tage zu früh auf Lager, so hat er die Leistung nicht so bewirkt, wie er es nach dem Vertrage sollte. Der Roggen gilt also noch nicht als „abgeliefert", der Käufer kann den Waggon zurückschicken oder ruhig mit der Untersuchung bis zu dem Tage warten, an dem die Ablieferung vertragsmässig erfolgen sollte. — Ist der Käufer jedoch mit der vorzeitigen Überlieferung einverstanden, so ist hiermit auch abgeliefert, und die sofortige Untersuchung erforderlich Sein Einverständnis mit der verfrühten Übersendung kann der Käufer ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen geben; auf letzteres wird man schliessen können, wenn er die Ware weiterversendet oder verkauft oder in Säcke oder andere Behältnisse tut.

Wie ein zu frühes Einbringen der Ware keine Ablieferung ist, so ist auch das Einbringen am unrechten Ort keine Ablieferung. Hat der Käufer, welcher in A. sein Hauptgeschäft hat,

[1]) ebenso Staub, Anm. 16. Zu § 377 dagegen Makower, Komm., S. 1169.

auch in B. eine Niederlassung, und sind die Waren, die nach B. bestellt waren, aus Versehen nach A. gebracht, so sind sie nicht als abgeliefert zu betrachten. Die Leistung ist hier ebenfalls nicht so bewirkt, wie der Kaufvertrag es vorschrieb; die Ware braucht also nicht in A. untersucht zu werden. — Ist der Käufer jedoch einverstanden damit, dass die Ablieferung in A. vollzogen werde, vielleicht weil er die Waren auch in seinem Hauptgeschäft gebrauchen kann, so ist damit abgeliefert, und die Waren würden unverzüglich zu untersuchen sein. Ähnlich ist es z. B. in dem Falle, dass der Käufer zwischen zwei Eisenbahnstationen wohnt, von denen jedoch die eine X. besser und schneller zu erreichen ist. War nun X. der Ort, wo abgeliefert werden sollte, ist die Ware jedoch versehentlich nach Y. gebracht, so kann der Käufer natürlich verlangen, dass sie noch von Y. nach X. transportiert werde; holt er sie jedoch freiwillig von Y. ab, so ist abgeliefert Auf diese Weise ändert sich auch der Ablieferungsort. Nicht der Ort, an den ursprünglich abgeliefert werden sollte, ist jetzt der „Ablieferungsort", sondern derjenige, an welchen wirklich abgeliefert ist. [1]) (Wichtig für den Frachtführer s. u.)

Zweifelhaft könnte sein, wann die Ablieferung bei Maschinen und Zubehörstücken, bei denen der Verkäufer das Aufstellen übernommen hat, erfolge. Es ist jedoch natürlich, dass eine Maschine nicht schon dann abgeliefert ist, wenn die einzelnen Bestandteile da sind, oder wenn sie im Maschinenraum des Käufers steht, sondern erst dann, wenn sie fertig montiert ist. Eher existiert sie überhaupt für den Käufer nicht als Maschine.[2])

Werden, wie das oft zu geschehen pflegt, unbestellte Waren jemandem zugeschickt, in der Erwartung, er werde sie kaufen, so kann man eigentlich nicht von einer „Ablieferung" durch den Verkäufer sprechen, denn ein Kauf liegt noch garnicht vor. Der Begriff „Ablieferung" ist im §§ 477 B. G.-B. und 377 H.-G.-B. wenigstens nur von einer verkauften Sache ge-

[1]) vergl. R.-O.-H.-G. III, S. 389 und 91 (bei Fuchsberger zu § 377, S. 974.)

[2]) R.-G. vom 5. Dezbr. 1893 in der Jur. Wochenschr. 1894, S. 22.

braucht. Praktische Bedeutung wird es kaum haben, ob man solche unbestellt zugesandten Waren als „abgeliefert“ betrachten will, denn die genannten §§ finden doch keine Anwendung, der Adressat ist zu keiner Untersuchung verpflichtet. Anders ist es jedoch beim „Kauf auf Probe“; hier liegt ein wirklicher, wenn auch suspensiv bedingter Kaufvertrag vor. Waren, die dem Käufer auf grund eines solchen Kaufvertrages ins Haus gebracht werden, sind also abgeliefert. Die spätere Billigung macht allerdings nicht nur den Kaufvertrag perfekt, sondern sie wird auch in der Regel die Mängelrüge ausschliessen und das Präjudiz der Genehmigung aus § 377 H.-G.-B. erzeugen.[1])

Zur „Ablieferung“ durch den Verkäufer ist nun erforderlich, dass die Ware auf grund des zwischen Verkäufer und Käufer abgeschlossenen Kaufvertrages in die Verfügungsgewalt des letzteren gelangt, und nicht etwa derart, dass der Käufer die Waren, deren Annahme er zuerst verweigert hatte, nachher beim Selbsthülfeverkauf des Verkäufers ersteht und an sich nimmt.[2])

§ 5.

Gegen die hier vertretene Ansicht von der Ablieferung würde nun eingewendet werden können, dass dem Käufer manchmal eine sofortige Untersuchung nicht möglich sei, besonders in dem Falle, dass er einen Teil des Transportes selbst besorgen lässt. Hierauf ist zu erwidern, dass in den allermeisten Fällen der Transport doch wohl vom Verkäufer ausgeführt wird. Die Regel ist, dass der Verkäufer die Waren, die bei ihm bestellt werden, der Bahn, der Post oder seinem Boten übergibt; hier ist jedesmal erst dann abgeliefert, wenn die Ware am Bestimmungsort dem Käufer übergeben und so in seine Verfügungsgewalt gelangt ist. Trifft es wirklich einmal zu, dass der Käufer einen Teil des Transportes besorgen lässt, etwa durch seine eigenen Schiffe, oder indem er selbst einen Spediteur oder einen Frachtführer beauftragt, so sind das meist grosse Firmen, bei denen es sich um grössere

[1]) ebenso Lehmann, S. 158.
[2]) ebenso R.-G. V., S. 33, Lehmann, S. 157.

Posten handelt, und diese sind dann auch schon auf solche Fälle eingerichtet, indem sie die Ware durch Angestellte untersuchen lassen Diese Ansicht wird auch von der Handelskammer in Leipzig vertreten gerade in dem oben erwähnten Gutachten. Es heisst nämlich dort weiter: „Als Hauptgrund gegen den angeführten Standpunkt wird geltend gemacht, dass in diesem Falle der Käufer die Untersuchung der Ware im Seehafen vornehmen müsse, was dem Käufer unmöglich zugemutet werden könne, zumal dadurch eine Verzögerung des Transportes entstände. Allein die Verpflichtung zur Untersuchung der Ware im Seehafen ist keine allzugrosse Zumutung, da sich in jedem grösseren Seehafen Sachverständige befinden, denen die Untersuchung übertragen werden kann, seien es nun Spediteure oder Makler oder sonstige vereidete Sachverständige, die die Untersuchung der zur See ankommenden Waren auf Ersuchen der Käufer vornehmen, bezw. Proben entnehmen und sie dem Käufer zur eigenen Prüfung zusenden. Dieses Verfahren wird tatsächlich von den meisten Importfirmen angewendet und auch für angemessen gehalten.“ — Kleinere Firmen, welche die Waren aus einer benachbarten grossen Stadt oder von Bahnhöfen holen lassen, sind ja immer noch gegen das Präjudiz aus § 377 H.-G.-B. durch den Zusatz geschützt: „soweit dies nach ordnungsmässigem Geschäftsgang tunlich ist.“ In derartigen Fällen wird es genügen, wenn die Ware erst am Bestimmungsorte untersucht wird. Hatte der Käufer einen Stellvertreter mit dem Abschluss des Kaufvertrages beauftragt, so wird man diesen doch auch wohl zur Prüfung der Sache als bevollmächtigt erachten können. Sollte er dies nicht sein, so wird in den meisten Fällen noch die Rüge des Geschäftsherrn rechtzeitig kommen, wenn dieser die Ware unverzüglich, nachdem der Stellvertreter sie ihm ins Haus gebracht hat, untersucht. Käufe über grössere Posten oder wichtigere Sachen pflegen zumeist, wenn nicht vom Geschäftsherrn selbst, so doch von Angestellten, die Fachleute oder Sachverständige (Ingenieure oder dergl.) sind, abgeschlossen zu werden. Werden die Sachen vom Käufer sofort weiterveräussert, so wird unter Umständen die Rüge des zweiten Käufers noch

rechtzeitig sein, wenn z. B. ein Grossist an Detailgeschäfte am selben Orte weiterverkauft. Weiter ist nicht zu vergessen, dass die Pflicht des Käufers zur sofortigen Untersuchung nur bei beiderseitigem Handelsgeschäft eintritt, dies ist eine sehr wesentliche Einschränkung. Endlich können die Parteien die Frist für die Untersuchung abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen durch Vertrag regeln; sie können die Frist zur Untersuchung verlängern oder können die letztere auch dritten Abnehmern übertragen. Solche abweichenden Vertragsbestimmungen kann man z. B. als stillschweigend da annehmen, wo ein Verkäufer einen für überseeische Abnehmer bestimmten Gegenstand gleich in der zum Seetransport erforderlichen Verpackung liefert. Hierdurch gibt er seine Einwilligung kund, dass erst die überseeischen Abnehmer des Käufers zu rügen brauchen.[1])

b) im Frachtrecht.

§ 6.

Abgesehen von den Vorschriften über den „Kauf" kommt der Begriff der Ablieferung auch noch im Frachtrecht vor. Hier ist die Fixierung dieses Begriffes nicht nur wesentlich, um den „Ort der Ablieferung," von dem in vielen §§ die Rede ist, zu bestimmen, sondern namentlich für die Haftung des Frachtführers (ex recepto)[2]). Nach § 429 H.-G.-B. haftet der Frachtführer nämlich für allen Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Gutes in der Zeit von der Annahme bis zur Ablieferung . . . . entsteht, es sei denn, dass der Verlust, die Beschädigung . . . . auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten.

Es wird sich zunächst fragen, ist unter der Ablieferung des Frachtführers dasselbe zu verstehen wie unter der des Verkäufers? Schon ganz äusserlich betrachtet ergibt sich zunächst die Verschiedenheit dadurch, dass wir es hier nicht nur

[1]) R.-O.-H.-G. III No. 15, S. 82.
[2]) vergl. wegen der Geltendmachung des Pfandrechts u. s. w. §§ 440 ff.

wie beim Kauf mit zwei Personen, dem Verkäufer und dem Käufer, sondern mit dem Absender, Frachtführer und Empfänger zu tun haben. Die obige Definition der Ablieferung des Verkäufers dahin zu ändern, dass man sagte, die Ablieferung des Frachtführers ist dann erfolgt, wenn das Frachtgut aus seiner Verfügungsgewalt in die des Empfängers gelangt ist, würde darum nicht gehen, weil der Frachtführer Beauftragter des Absenders ist, Absender und Empfänger aber oft ein und dieselbe Person sind, das Frachtgut also in solchem Falle die Verfügungsgewalt des Absenders resp. Empfängers überhaupt nicht verlässt.

Dass der Gesetzgeber das Wort „Ablieferung" im Frachtrecht in ganz anderer Bedeutung gebraucht hat als beim Kauf, wird auch folgende Betrachtung zeigen. Die ratio legis der zitierten Gesetzesparagraphen über die Mängelrüge des Käufers geht dahin, den Käufer im Interesse des Verkäufers dazu anzuhalten, die gekauften Waren unverzüglich oder innerhalb einer bestimmten Zeit zu untersuchen und etwaige Mängel zu rügen; der Verkäufer soll vor der späteren Geltendmachung von Ansprüchen aus Mängeln geschützt werden.

Der § 429 H.-G.B. bezweckt den Schutz des Frachtgutes im Interesse des Empfängers resp. Absenders. Er legt dieserhalb dem Frachtführer eine weitgehende Haftung auf, und zwar lässt er dieselbe dauern von der Annahme des Frachtgutes bis zu dessen Ablieferung. Naturgemäss kann dies nur die Zeit sein, während welcher der Frachtführer das Gut in Händen hat, und dieses auf seine Fürsorge angewiesen ist, also die Zeit, während welcher er den Gewahrsam über das Frachtgut hat. Seine Haftung muss also auch dann aufhören, wenn er den Gewahrsam nicht mehr hat, wenn er die Waren an den Empfänger abgeliefert hat. Ablieferung des Frachtführers liegt somit dann vor, wenn dieser den Gewahrsam über das Frachtgut aufgibt und zwar an den Empfänger, oder sonstwie mit dessen Genehmigung.[1]) Zum Unterschiede von der Ablieferung des

[1]) ebenso Lehmann, S. 324.

Verkäufers ist also bei der Ablieferung des Frachtführers die Frage massgebend, wer das Gut in Gewahrsam hat.

Wie beim Kauf ist auch im Frachtrecht der Fall der einfachste, dass der Frachtführer dem Empfänger das Gut ins Haus bringt und dort an einem ihn bezeichneten Platze niederlegt. Mit dem Hinlegen ist dann abgeliefert. Niederlegen ohne Wissen des Empfängers genügt jedoch nicht.

War verabredet, dass die Ware an einem bestimmten Tage in den Lagerraum des Empfängers (am Bahnhof) zu bringen sei, so ist abgeliefert, wenn die Ware sich daselbst befindet und die etwaigen Begleitpapiere an den Empfänger abgeschickt sind. Auch hier muss im übrigen die Besitzentäusserung des Frachtführers wie beim Kauf genau den Vertragsbestimmungen entsprechen, in Sonderheit zur festgesetzten Zeit und am richtigen Ort erfolgen. Der Aufgabe des unmittelbaren Besitzes an den Empfänger steht es gleich, wenn der Frachtführer die Ware im Auftrage oder mit Genehmigung des Empfängers an einen Dritten abgibt.

Ist der Frachtführer nicht verpflichtet, dem Empfänger das Gut zu bringen, muss dieser es vielmehr abholen, so ist abgeliefert, wenn das Gut dem Empfänger ausgehändigt ist. Dass der Empfänger im Besitze der Begleitpapiere ist, und infolge dessen über das Frachtgut verfügen kann, genügt nicht. — Bei grösseren Sendungen ist nur das Quantum, welches der Empfänger abgeladen hat, abgeliefert. — Kommt der letztere nicht, um die Ware zu holen, so ist auch keine Ablieferung möglich. Besonders ist dies der Fall, wenn der Empfänger von vornherein die Annahme verweigert.[1]) Wie sich in diesem Falle (oder bei sonst eintretender Unmöglichkeit der Ablieferung, z. B. weil der Empfänger nicht aufzufinden ist) die Haftung des Frachtführers gestaltet, ist eine Frage für sich; vergl. hierüber Lehmann, Komm. S. 324. Die Ablieferung des Frachtführers kann ferner wie beim Kauf durch anderweitige Verträge mit dem Empfänger ersetzt werden; so wiederum durch

[1]) vergl. § 437 H.-G.-B.: Ist der Empfänger . . . . nicht zu ermitteln oder verweigert er die Annahme oder ergibt sich ein „sonstiges Ablieferungshindernis“ . . . . . .

einen Verwahrungsvertrag [1]), sodass der Frachtführer nunmehr nicht als Frachtführer, sondern als Verwahrer zu betrachten ist und dementsprechend auch nur ex deposito haftet. — Soll die Ware sofort durch denselben Frachtführer weiterversendet werden, so ist mit dem Abschluss des neuen Frachtvertrages der ursprüngliche erledigt, und die Ware mit Abschluss des neuen Vertrages als abgeliefert zu betrachten. In der Art der Haftung des Frachtführers wird dies zwar keinen Unterschied ausmachen, wenn der Frachtführer den Gewahrsam des Gutes behält, da in solchem Falle die Ware eben als von neuem angenommen gilt. Lediglich für die Bestimmung des „Ablieferungsortes" ist diese Betrachtung von Erheblichkeit.

Es bleibt dann noch der Zeitpunkt der Ablieferung durch den Frachtführer zu erörtern, wenn das Frachtgut aus dem Anslande kommt und verzollt werden muss. Geschieht die Verzollung auf der Reise (an der Grenze oder an einer grösseren inländischen Zollstation), so hat dies auf den Zeitpunkt der Ablieferung und die Haftung des Frachtführers keinen Einfluss. Wollte man die Haftung etwa in der Weise einschränken, dass man sagte, die Haftung des Frachtführers ist für die Dauer der Verzollung aufgehoben, so würde dadurch der Empfänger resp. Absender einen grossen Nachteil haben; denn bei vorhandenen Beschädigungen würde sich der Frachtführer darauf berufen, der Schaden sei während der Verzollung und nicht während seiner Haftbarkeitsdauer entstanden. Der klagende Empfänger müsste ihm dann erst nachweisen, dass das Gut nicht bei der Verzollung, sondern während der Zeit des Transportes beschädigt sei; — unter Umständen jedenfalls ein sehr schwieriger Beweis für den Empfänger. — Dieser Fall interessiert also hier nicht für die Ablieferung. Hier fragt es sich lediglich, wann ist abgeliefert, wenn die Ware am Endziel, am Bestimmungsorte, noch zu verzollen ist. Diesmal würde man allerdings zu weit gehen, wollte man die strenge Haftung ex recepto auch auf die Zeit der Verzollung ausdehnen in der Annahme, die Ablieferung sei erst dann vollzogen, wenn der Empfänger den Gewahrsam des Gutes erlangt

[1]) R.-O.-H.-G. XIV., S. 295.

habe. Es ist zu bedenken, dass der Frachtführer die Ware an die Zollstation abgegeben hat, dass er sie nicht mehr unter seiner unmittelbaren Aufsicht hat und nicht mehr in dem Masse dafür sorgen kann wie vorher, während der Empfänger, der meist am selben Orte wohnt, mindestens ebensogut für sie sorgen und ihr vor allem eine sachgemässere Behandlung angedeihen lassen kann, als der Frachtführer. Ausserdem ist das Frachtgut auf Anordnung der Behörde an die Zollstation abgegeben, die Besitzänderung ist also ganz abgesehen von dem Willen der Parteien erfolgt; die Aufgabe des Gewahrsams hat mithin auch der Empfänger für sich gelten zu lassen. Im vorliegenden Falle kann man daher von der sonst zur Aufgabe des Gewahrsams noch erforderlichen Genehmigung des Empfängers absehen und die Ablieferung schon in der blossen Abgabe des Frachtgutes an die Zollstation erblicken.[1]) Natürlich muss der Frachtführer den Empfänger von der Ankunft des Gutes benachrichtigen und ihm die erforderlichen Papiere zuschicken.

Zum Schluss der Betrachtung über den Begriff der Ablieferung mögen die beiden Bedeutungen, in denen das Gesetz die „Ablieferung“ im Kauf- und Frachtrecht gebraucht, nochmals gegenübergestellt werden. Wie wir gesehen haben, verbindet der Gesetzgeber mit der „Ablieferung“ des Verkäufers eine andere Vorstellung als mit der „Ablieferung“ des Frachtführers. Ersterer hat abgeliefert, wenn die Ware aus seiner Verfügungsgewalt in die des Käufers gelangt ist, letzterer, wenn er den Gewahrsam über das Frachtgut an den Empfänger, oder sonst wie mit dessen Genehmigung aufgegeben hat. Die Verschiedenheit wird am besten beim Distanzkauf hervortreten, wenn der Kauf mit einem Frachtvertrag kombiniert ist; hier muss man sich davor hüten, die Ablieferung durch den Verkäufer mit der Ablieferung des Frachtführers zu identifizieren. In vielen Fällen werden ja beide Momente zusammenfallen, so z. B. wenn der Frachtführer dem Käufer die Ware sofort ins

[1]) Ebenso Eger I, S. 239, Lehmann, Komm. S. 324, R.-O.-H.-G. II, S. 252, 253, VIII, S. 25.

Haus bringt. Ein derartiges Zusammentreffen ist aber durchaus nicht notwendig. In den S. 16 erwähnten Fällen, wo die Ware in die Verfügungsgewalt des Käufers gelangt, ohne dass dieser gleichzeitig auch den unmittelbaren Besitz bekommt, findet die Ablieferung durch den Käufer eher statt als die des Frachtführers, indem letzterer erst mit der Aufgabe des unmittelbaren Besitzes abgeliefert hat. Umgekehrt liegt in dem speziellen Falle, dass der Frachtführer die Ware an das Zollamt abgegeben hat, bevor der Käufer die Verfügungsgewalt übernommen hatte, die Ablieferung des Frachtführers vor der des Verkäufers.

Abnahme.

§ 7.

Im § 433 hat das B. G.-B. dem Käufer ausser der Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises die Pflicht auferlegt, die gekaufte Sache „abzunehmen". Es wird sich zunächst fragen, was ist unter „Abnahme" zu verstehen. Am nächsten liegt es, diesen Begriff lokal aufzufassen, also als gleichbedeutend mit „Fortnahme", „Wegnahme". Die gekaufte Sache soll dem Verkäufer „abgenommen" d. h. also weggenommen, aus seinem Gewahrsam entfernt werden, damit er sie los wird. (Dies entspricht auch am ersten der gewöhnlichen Auffassung des Wortes „Abnahme"). „Der Käufer ist verpflichtet, die gekaufte Sache abzunehmen" könnte aber auch bedeuten, er ist verpflichtet, sie als Erfüllung anzunehmen. Hätte die „Abnahme" diese Bedeutung, dann hätte der in Rede stehende Passus im § 433 Abs. 2 überhaupt fortbleiben können,[1]) denn die Verpflichtung des Käufers, als Gläubiger die gekaufte Sache anzunehmen, ist bereits im Allgemeinen Teile des II. Buches indirekt ausgesprochen, indem die Rechtsfolgen erörtert werden, welche sich an die Nichtannahme knüpfen. In der letzteren Auffassung der „Abnahme" könnte der Verkäufer den Käufer auch nicht zwingen, ihm die Sache abzunehmen, sondern höchstens ein Urteil erwirken des Inhalts, dass die betreffende Sache vertragsmässig sei, mithin die Erfüllung des Kauf-

[1]) ebenso Oertmann, R. d. Sch., S. 157.

vertrages darstelle und als „abgenommen anzusehen sei.[1]) Eine derartige Feststellungsklage wäre sodann auch ohne § 433 Abs. 2 möglich gewesen, und endlich ist dem Verkäufer mit einem solchen Urteile, wie dem obigen, wenig gedient.

Das Richtige ist, „Abnahme“ in dem zuerst erwähnten lokalen und tatsächlichen Sinne aufzufassen.[2]) Der säumige Käufer soll auch zur „Wegnahme“ oder „Ansichnahme“ der gekauften Ware mittelst Klage gezwungen werden können. Für diese Ansicht spricht auch die Bestimmung des § 448, wonach die Kosten der „Abnahme“ dem Käufer zur Last fallen.

„Abnahme“ ist also weder eine „Annahme“ der Kaufsache als Erfüllung des Kaufvertrages, noch ist sie, wie auch wohl kaum bestritten ist, die Billigung der geleisteten Ware bezüglich ihrer Beschaffenheit,[3]) sondern sie ist lediglich die Entfernung der Kaufsache aus dem Gewahrsam des Verkäufers. Die Befreiung des letzteren von der Sache muss nun auch eine wirkliche sein, so ist es z. B. noch keine „Abnahme“, wenn der Käufer heute die Sache holt, morgen aber wieder zurückbringt. Dagegen ist es gleichgültig, ob er sie nun auch behält oder nachher wegen vorhandener Mängel dem Verkäufer wieder zur Disposition stellt; mit der körperlichen Entfernung der Ware aus dem Gewahrsam des Verkäufers hat der Käufer seiner Abnahmepflicht genügt.[4]) „Abnahme“ ist demnach ihrer Natur entsprechend in allen denen Fällen nicht denkbar, wo die Kaufsache durch const. poss. beim Verkäufer zur Miete, Leihe u. s. w. verbleibt.

Was nun das Verhältnis der „Abnahme“ zu der oben erörterten „Ablieferung“ anbetrifft, so kann in der „Ablieferung“ die „Abnahme“ schon enthalten sein; sie ist es, wenn der Käufer verpflichtet war, sich die Sache zu holen, also namentlich in denen Fällen, wo zum Übergang in die Verfügungs-

[1]) Kohler, im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. XIII, S. 241.

[2]) ebenso Prot., Bd. II, S. 53, Planck, Komm. No. 7 zu § 433, Rosenberg, a. a. O., S. 256, Staub, Anm. 42 in Exkurs vor § 373 H.-G.-B., Thöl, H.-R. I § 272, S. 895.

[3]) Lehmann, in Jur. Zeitg. VII, S. 493.

[4]) ebenso Jacobi, in Iherings Jahrb. IX, (2. Folge) S. 273, wo ausgeführt wird, dass der Käufer die Sache nicht notwendig an sich zu nehmen brauche, wenn er sie nur dem Verkäufer „vom Halse schaffe“.

gewalt des Käufers eine Handlung (Abholen) des letzteren erforderlich ist. Dass jedoch ein solches Zusammenfallen der beiden Begriffe nicht notwendig ist, werden die oben S. 16 angeführten Fälle zeigen, wo abgeliefert ist, trotzdem der Verkäufer resp. sein Frachtführer noch den unmittelbaren Besitz der Ware hat. „Abgeliefert" war, wenn der Käufer die Ware in seinen mittelbaren Besitz übernommen hatte, „abgenommen" ist aber erst, wenn die Ware vollständig aus dem Gewahrsam des Verkäufers oder des Frachtführers entfernt ist, z. B. das Korn in dem S 16 angeführten Fall auf die Fuhre des Käufers abgeladen ist.

§ 8.

Das römische Recht kennt eine derartige Abnahmepflicht noch nicht. Der einzige Fall, wo hiervon die Rede sein könnte, ist l. 9 D. 19. 1 [1]), die vom Verkauf eines Steinackers handelt, und welche dem Verkäufer die actio ex empto gegen den Käufer auf Entfernung der Steine gewährt. Ob nun in dieser Stelle eine „Klage auf Abnahme" gegeben ist, ist auch noch streitig; liegt doch die Annahme nahe, dass das Fortschaffen der Steine als Hauptzweck des Rechtsgeschäfts zu betrachten sei, und dass mithin ein besonders gearteter Kaufvertrag (ein Kauf in Verbindung mit einem Werkvertrage, Kohler, a. a. O., S. 276) vorliege. Wie dem auch sei, sonst ist im corp. juris eine Klage auf Abnahme nicht gegeben, und aus einem so speziellen Falle zu folgern, dass der Verkäufer ganz allgemein auf Abnahme der verkauften Sache zu klagen befugt sei, erscheint bedenklich. Im Gemeinen Recht war es sehr streitig, ob dem Verkäufer eine Klage auf Abnahme zustehe.

Einzelne, Brinkmann [2]), Thöl [3]), Treitschke [4]), sehen in der Abnahme eine aus dem Kaufvertrage sich ergebende Pflicht, und gewähren dem Verkäufer unbeschränkt eine Klage auf Abnahme; Brinkmann und Thöl stützen sich speziell auf

[1]) Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat.
[2]) Handelsrecht, § 100.
[3]) „ § 272, S. 895.
[4]) der Kaufkontrakt, § 77, S. 169.

l. 9 D. 19, 1, Goldschmidt [1]) ist ebenfalls der Ansicht, dass der Käufer zur Abnahme verpflichtet sei. Der Rechtsgrund hierfür liegt nach ihm in der geschichtlichen Entwickelung; ursprünglich sei die Verpflichtung zur Abnahme als besondere Abmachung in den Vertrag aufgenommen, später sei sie usancemässig geworden, und endlich habe sie als stillschweigend vereinbart gegolten. Zu denen, welche die Klage auf Abnahme ganz allgemein zulassen, kann man auch Barkhausen [2]), rechnen. Er gibt zwar zu, dass man dieselbe nicht auf die Quellen stützen könne, gewährt sie aber dennoch aus anderen Gesichtspunkten. Nach ihm hat der Verkäufer allemal ein Interesse an der Abnahme, insofern der Verkäufer die Sache nach Abschluss des Kaufvertrages für den Käufer aufbewahrt und verlangen kann, dass ihm dieselbe später auch fortgenommen werde, einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Übernahme der Abnahmepflicht bedürfe es nicht. Jedes Interesse, möge es noch so gering sein, und schon vor oder erst nach Abschluss des Kaufvertrages entstanden sein, genüge, um die Klage auf Abnahme zu rechtfertigen Im Prinzip sei also die Klage auf Abnahme überall zu geben, nur da, wo der Käufer sagen könne, „Du hast kein Interesse an der Abnahme", (ex-ceptio tua non interest) sei sie wie jede andere Klage abzuweisen.

Andere Pandektisten lassen eine Klage auf Abnahme nur unter bestimmten Voraussetzungen zu. Nach Windscheidt [3]) ist die Klage auf Abnahme nur da zu gewähren, wo die Pflicht hierzu „durch die das Forderungsrecht erzeugende Tatsache ausdrücklich oder stillschweigend begründet ist", also wenn bei Abschluss des Kaufvertrages dem Käufer ausdrücklich zur Pflicht gemacht ist, die gekaufte Sache auch abzunehmen, oder wenn aus den Umständen zu entnehmen ist, dass nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien der Käufer auch zur Abnahme gehalten sein sollte, wie z. B. in l. 9, D. 19, 1.

[1]) Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht Bd. XXX, S. 59.
[2]) In Goldschmidt's Zeitschrift f. Handelsrecht 30, S. 45—51.
[3]) Pand. II, § 347, Anm. 1, S. 317.

— Ähnlich ist nach Sintenis [1]) eine Klage auf Abnahme dann gegeben, „sobald sich eine selbstständige Obligation auf das Interesse nachweisen lässt.“ — Dernburg [2]) hält den Käufer nur dann für verpflichtet, die gekaufte Sache auch abzunehmen, wenn zur Zeit des Vertragsschlusses ein Interesse des Verkäufers an der Abnahme voraussehbar war. Die Pflicht zur Abnahme würde dann in solchem Falle als stillschweigend vereinbart zu gelten haben. — Von einem anderen Gesichtspunkte aus erklärt Wolff [3]) die Pflicht des Käufers zur Abnahme. Er leitet sie aus dem Gläubigerverzug her und sagt, der in Verzug befindliche Gläubiger muss dem Schuldner sein gesamtes Interesse prästieren. Aus diesem Grunde hat auch Pomponius in der lex 9, D. 19, 1 die Klage auf Abnahme gestattet, denn der Käufer war hier in mora accipiendi. Da ein anderweitiger Verkauf der Steine vielleicht nicht möglich, und das Fortschaffen derselben mit Kosten verknüpft war, war die Klage der einzige Ausweg. Mit Rücksicht hierauf ist auch in all den Fällen, wo sich der Verkäufer nicht durch anderweitige Hülfsmittel wie Selbsthülfeverkauf oder kostenlose Aufbewahrung oder dergl. helfen kann, die Klage auf Abnahme gegeben; in den Fällen jedoch, wo er sich auf die angegebene Weise der Sache entledigen kann, ist sie nicht begründet.

Das R.-O.-H.-G.[4]) und das R.-G.[5]) verlangen im Anschluss an die herrschende Ansicht des Gemeinen Rechts zur Zulässigkeit einer Klage auf Abnahme ein „besonderes“ Interesse. Nach der neuesten Reichsgerichtsentscheidung vom 19. Oktober 1892 Bd. XXX wird jedoch anscheinend nicht vorausgesetzt, dass dies Interesse schon bei Abschluss des Kaufvertrages vorhanden gewesen sein muss. Es handelt sich hier um folgenden Fall: Der Kläger hat dem Beklagten auf grund eines Kaufvertrages Waren übersandt, der Beklagte hat die Abnahme verweigert und die Waren zurückgeschickt, deren Annahme

[1]) Zivilrecht II, S. 216, Anm. 103.
[2]) Pand. II, S. 268.
[3]) Zur Lehre von der mora, S. 434—43.
[4]) Bd. VII, No. 95, S. 357.
[5]) V, No. 111, S. 392 und XXX, No. 35, S. 117/118.

nun der Kläger seinerseits verweigert. Nachdem der Kläger die Lagerung der Waren bei einem Spediteur veranlasst hat, klagt er nunmehr auf Abnahme. Das R.-G. sieht das zur Zulässigkeit der Klage erforderliche besondere Interesse des Klägers darin, „dass durch die Lagerung fortwährend Kosten entstehen, die dem Kläger zur Last bleiben, sofern es dem Beklagten gelingt, sich seiner Verpflichtung zur Empfangnahme der Waren zu entziehen".

§ 9.

Zu diesen hier angeführten Anschauungen sei nun folgendes bemerkt:

Der Käufer hat zwar auf grund des Kaufvertrages die Pflicht, die gekaufte Sache anzunehmen. Nun gibt es zwei Arten von Pflichten, erstens eine solche, welche sich dadurch äussert, dass ihre Nichtbeachtung und Verletzung für den betreffenden gewisse Nachteile nach sich zieht, zu deren Erfüllung der Verpflichtete aber nicht gezwungen werden kann; zweitens gibt es eine solche Pflicht, deren Verletzung eine Klage erzeugt; der Verpflichtete kann also im Wege der Klage zur Beobachtung und Erfüllung seiner Pflicht gezwungen werden.

Zu der ersten Kategorie gehört zweifellos die Pflicht des Gläubigers, die ihm geschuldete Leistung anzunehmen, zu der zweiten Kategorie gehört die Pflicht des Schuldners, die geschuldete Leistung zu bewirken.

Wenden wir dies auf den Kaufvertrag an, speziell auf den Käufer, so gibt es für ihn 1. eine Pflicht, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen, 2. die gekaufte Ware als Gläubiger anzunehmen. Dem steht auf seiten des Verkäufers gegenüber 1. die Pflicht, die gekaufte Sache zu tradieren, 2. den Kaufpreis anzunehmen. Weiteres ergibt sich aus dem Kaufvertrag allein nicht, vor allem nicht, dass der Käufer mittelst Klage zur Wegnahme gezwungen werden könne. Eine solche Klage, die sich auf eine Pflicht der zweiten Kategorie, und zwar eine Leistungspflicht, stützen würde, bedarf noch eines besonderen Rechtsgrundes.

Darum ist es auch unrichtig, wenn Treitschke, Brinkmann u. s. w. annehmen, die Klage auf Abnahme ergebe sich aus dem Kaufvertrage. Aus dem Kaufvertrage ergibt sich wohl eine Pflicht des Käufers zur Annahme der gekauften Sache, (als Gläubiger); nicht aber eine (Leistungs-)Pflicht zur Abnahme, die durch Klage erzwungen werden kann.

Die herrschende Ansicht des Gemeinen Rechts hat daher die Klage auf Abnahme nur in gewissen Fällen zugelassen. Das Richtige war m. E., die Klage auf Abnahme nur da zu gewähren, wo die Pflicht zur Abnahme ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart war (— Windscheid), also wo beim Abschluss des Kaufes dem Käufer ausdrücklich die Abnahme zur Pflicht gemacht, oder wo sie jedoch als stillschweigend mitübernommen zu betrachten war.

Dagegen möchte ich die Klage auf Abnahme nach Gemeinem Recht nicht ohne weiteres überall da für gegeben halten, wo der Verkäufer ein „Interesse“ an der Abnahme hat. War das „Interesse“ des Verkäufers bei Abschluss des Kaufvertrages für den Käufer nicht erkennbar, so kann man auch nicht annehmen, dass er die Pflicht zur Abnahme stillschweigend mitübernommen habe; es würde in solchem Falle eben der Klage auf Abnahme der Rechtsgrund fehlen. Erst recht ist dies der Fall, wenn das „Interesse“ erst nachher entstanden ist, wie in der Entscheidung des R.-G. XXX, S. 117. Eine weitere Frage wäre dann, was man alles unter dem Begriff „Interesse“ fassen könne. Zudem allein auf ein „Interesse“ des Verkäufers hin eine Klage gegen den Käufer zu gewähren, ist m. E. eine einseitige Begünstigung des Verkäufers. Der Käufer kann ja auch ein ganz besonderes Interesse an der Nichtabnahme haben, wie er es in dem vom R.-G. XXX, S. 117 behandelten Falle sicher gehabt hat.

Speziell gilt dies für die von Wolff vertretene Ansicht. Nach Wolff's Theorie kann die Klage auf Abnahme allemal nur da gewährt werden, wo das „Interesse“ des Verkäufers erst später, nach Abschluss des Kaufvertrages entsteht. Sodann ist auch der Rechtsgrund, auf den Wolff die Klage stützt, zu verwerfen. Auf grund des Verzuges des Gläubigers lässt sich

niemals eine Klage auf Abnahme gegen ihn konstruieren, auch nicht auf dem Umwege, dass man sagt, der Gläubiger, also hier der Käufer, sei zum Ersatz der Aufwendungen resp. des Schadens, des Interesses des Verkäufers verpflichtet. Wohl ist in solchem Falle eine Schadensersatzklage oder allenfalls eine act. neg. gest. begründet, niemals aber eine actio venditi wie in l. 9, D. 19, 1; wo ausserdem von Aufwendungen und dergl. gar keine Rede ist.

§ 10.

Für das Gemeine Recht war also eine klagbare Pflicht zur Abnahme nur dann vorhanden, wenn der Käufer diese Pflicht (ausdrücklich oder stillschweigend) mitübernommen hatte. Dies genügt aber dem praktischen Bedürfnisse nicht. Es kann darnach z. B. in all den Fällen nicht auf Abnahme geklagt werden, wo das Interesse des Verkäufers für den Käufer nicht erkennbar war, dann aber auch nicht in den Fällen, wo das Interesse erst später entsteht, und wo eine Klage auf Abnahme sehr wünschenswert wäre. Für solche Fälle musste also noch ein Rechtsgrund zur Klage auf Abnahme geschaffen werden; und dies ist durch die Bestimmung des § 433 B. G.-B. Abs. 2 geschehen [1]), wonach der Käufer ganz allgemein zur Abnahme der gekauften Sache kraft Gesetzes verpflichtet ist. Das alte H.-G.-B. hatte bereits in Art. 346 die Bestimmung getroffen, dass der Käufer bei vertragsmässiger Beschaffenheit verpflichtet sei, die gekauften Sachen sofort zu empfangen; das R.-G. hat jedoch mehrfach ausgeführt [2]), dass hierdurch ein Klagerecht auf Abnahme nicht habe eingeführt werden sollen. Die Berechtigung der Vorschrift des § 433, Abs. 2 B. G.-B. ist nun namentlich von Laband [3]) angezweifelt worden. Die Motive rechtfertigen sie selbst nicht, sie bemerken nur [4]): „daraus, dass die modernen

[1]) nach dem Vorbilde des Allg. Landr. § 215 I. 11, des oesterreichischen Gesetzbuches § 1062 und des schweizerischen Bundesgesetzes (Art. 260).

[2]) vergl. bes. Entsch. d. R.-G. V, No. 111, S. 393, XXVI, S. 213, XXX, S. 118.

[3]) Archiv f. civil. Praxis, Bd. 74, S. 307 ff.

[4]) S. 318.

Kodifikationen sich überwiegend für die Verpflichtung aussprechen, ist auch auf ein praktisches Bedürfnis, dieselbe anzuerkennen, zu schliessen.“ Der § 433 Abs. 2 will also hauptsächlich dem praktischen Bedürfnisse Rechnung tragen. Laband[1]) bemerkt zwar, dass der Verkäufer durch die Bestimmungen über den Annahmeverzug des Gläubigers hinreichend geschützt sei; dem ist jedoch nicht so, es liegt vielmehr ein praktisches Bedürfnis nach einer Klage auf Abnahme vor.

In diesem Sinne hat sich auch das Appellationsgericht zu Leipzig ausgesprochen[2]), welches ausführt, dass die durch Art. 343 H.-G.-B. dem Verkäufer gegebenen Massnahmen doch immer mit Mühewaltung verbunden seien, auch manchmal garnicht zur Ausführung kommen könnten, wenn z. B. eine öffentliche oder sonst zuverlässige Hinterlegungsstelle nicht da sei, die Waren sich aber zum Selbsthülfeverkauf nicht eigneten.

Beispiele: Es verkauft ein Fabrikant eine Maschine, die er bisher zu seinem Fabrikbetriebe gebraucht hat, die aber den Anforderungen des vergrösserten Fabrikbetriebes nicht mehr genügt, um Platz für eine neue grössere Maschine zu bekommen. Die Verkaufsofferte war in der Zeitung inseriert, und darauf hin bietet der Käufer; von der Absicht des Verkäufers, durch den Verkauf Platz für eine grössere Maschine zu bekommen, weiss der Käufer nichts. Jetzt nimmt der Käufer die Maschine nicht ab, und der Verkäufer muss seinen ganzen Betrieb still legen, bis der Käufer abnimmt. — Eine Klage auf Abnahme wäre m. E. nicht gegeben, wenn § 433 B. G.-B. fehlte, denn es ist zwar ein Interesse des Verkäufers an der Abnahme vorhanden, der Käufer hat es aber nicht gekannt, er kann also auch nicht die Verpflichtung zur Abnahme stillschweigend mitübernommen haben. Hinterlegen kann der Verkäufer eine grössere Maschine nicht, und Selbsthülfeverkauf würde erfolglos sein, da es sich um eine Maschine für einen Spezialartikel handelt. Hier ist lediglich der Ausweg der Klage gegeben. Oder: Ein Architekt verkauft die beim Bau von Häusern ausgeschachtete Erde an Landwirte. Für

[1]) S. 307.
[2]) Busch, Archiv f. H.-R., Bd. XXV, S. 247 ff, Bd. XXVI, S. 395.

ihn ist es dann ausserordentlich wesentlich, dass die ausgeschachtete Erde auch fortgeholt, d. h. abgenommen wird, da er sie sonst nicht zu lassen weiss, und sie ihm den Platz wegnimmt. Ferner sei auf das von Sprenger [1]) angeführte Beispiel hingewiesen: Ein Fabrikant verkauft einem Landwirt 40 Fuder Koblenasche. Der Landwirt lässt ihn im Stich, und der Fabrikant kommt dadurch in grosse Verlegenheit, da der betreffende Raum dringend zur Lagerung von anderweitigem Material benutzt werden muss. Weiter kommen hier die Fälle inbetracht, wo Fabrikanten Abfälle oder Nebenprodukte verkaufen, um sie hierdurch fortzubekommen, die Zuckerfabrik verkauft die ausgepressten Rüben und Früchte, Brauereien die Träber u. s. w. Am notwendigsten ist die Klage auf Abnahme bei den Zwischenhändlern. Ein Grossist, etwa eine Importfirma, hat am meisten mit prompter Abnahme zu rechnen. Hat solche Firma kein eigenes Lager, so entstehen bei Nichtabnahme durch den Käufer fortwährend grosse Kosten, denn die Ware muss doch irgendwo bei einem Spediteur, Lagerhalter oder Frachtführer untergebracht werden; diese wenden sich natürlich wegen der entstandenen Kosten an den Verkäufer, der noch dazu stets die Sorge für die Erhaltung der Ware hat. Die Aussicht, dass er einmal die Auslagen vom Käufer ersetzt bekommen werde, ist ein schlechter Trost. Vorläufig liegt ihm in erster Linie daran, dass ihm die Ware abgenommen werde, denn in einem möglichst schnellen Umsatz der Waren besteht sein Geschäft.

Aber auch selbst dann, wenn der Verkäufer ein eigenes Lager hat oder sonstwie für die Aufbewahrung der Sache sorgen kann, wird ihm die Klage auf Abnahme stets ein willkommenes Mittel sein gegen den säumigen Käufer. Im geschäftlichen Verkehr bedeutet jeder Platz im Lager oder Laden für den Verkäufer Geld; jedes Stück, was verkauft wird, soll ersetzt werden, und einem Kaufmann wird es 100 mal lieber sein, dass ein verkauftes Stück auch abgenommen wird, als dass er einmal eine Schadenersatzrechnung aufstellen kann.[2])

[1]) Gruchot, Preuss. Recht, Bd. 34, S. 601.
[2]) Sprenger, a. a. O., S. 594.

Man nehme z. B. den Fall, es hat jemand sich eine kostbare Zimmereinrichtung bestellt, und der Möbelhändler hat sich dieselbe eigens nach Wunsch des Käufers anfertigen lassen. Nachher nimmt der Käufer nicht ab; dem Möbelhändler wird dadurch unter Umständen ein ganzes Zimmer, das er sonst zur Ausstellung benutzen würde, fortgenommen. Selbsthülfeverkauf ist ausgeschlossen, wenn es sich um eine so kostbare oder eigenartige Einrichtung handelt, die sonst an dem Orte keinen Käufer findet, Hinterlegung ist auch nicht gut möglich, wenigstens für den Verkäufer mit Mühewaltung und Unannehmlichkeiten verbunden. Will man hier dem Verkäufer die Klage auf Abnahme verweigern? Mag der Käufer dann wenigstens zusehen, wo er damit bleibt.

Endlich sei noch angeführt, dass dem Verkäufer in manchen Fällen absolut keine anderen Mittel als eine Klage auf Abnahme zu Gebote stehen, so z. B. wenn eine nicht hinterlegungsfähige Sache nur persönlichen Wert hat, mit Namenszug versehen ist,[1]) oder bei Drucksachen für einen bestimmten Zweck, oder wenn leicht verderbliche Waren verkauft sind, wie Fleisch, Fische, Wein u. s. w. Dieselben verderben oft (je nach Witterung) in einem Tage. Ehe der Verkäufer also zum Selbsthülfeverkauf schreiten kann — Hinterlegung ist ja wohl nach der Natur der Waren unmöglich — sind sie schon verdorben. Fortwerfen kann sie der Verkäufer nicht, denn hier würde die Polizei aus sanitären Gründen einschreiten. Mag denn wenigstens der Käufer für ihre Beseitigung sorgen.

Unbedenklich kann man die Klage auf Abnahme auch auf die Fälle ausdehnen, wo der Käufer zur Vollführung der Abnahme gewisse Handlungen vornehmen muss, wie z. B., dass er für das gekaufte Korn die Säcke oder für den Teer die Fässer schicken muss.[2])

[1]) Rosenberg, S. 245.
[2]) ebenso Rosenberg, S. 265.

§ 11.

In manchen Fällen würde man allerdings wohl den § 433, Abs. 2 entbehren können,[1]) insofern der Kaufvertrag derart ist, dass man sagen kann, die Abnahme sei stillschweigend mitübernommen, wie z. B. beim Kauf auf Abbruch oder beim Verkauf des Inhalts von Senkgruben; die Klage auf Abnahme wäre hier auch auf grund des Kaufvertrages zulässig. Dies sind aber nur wenige Fälle, während das Bedürfnis nach einer Klage auf Abnahme weit grösser ist, wie durch die obigen Beispiele zu zeigen versucht wurde. Dann müsste auch, wenn § 433 Abs. 2 fehlte, der Verkäufer jedesmal die besonderen Umstände nachweisen, aus denen die ausdrückliche oder stillschweigende Übernahme der Abnahmepflicht durch den Käufer hervorginge.

Es war daher gut, dass das B. G.-B. dem Käufer die Pflicht zur Abnahme der gekauften Sache ganz allgemein auferlegte. Dabei ist die Allgemeinheit dieser Bestimmung kein Fehler, wie Laband[2]) annimmt, indem er die Vorschrift des § 433 Abs. 2 durch Beispiele ad absurdum zu führen sucht. Er führt dort an, dass jemand, der auf eine Zeitung oder einen Roman abonniert habe, oder Stoffe gekauft habe, die sich nachher als giftig oder explosiv herausstellten, durch Geldstrafe bis zu 1500 Mk. oder Haft zur Abnahme gezwungen werden könne. Auch könne jetzt eine Braut, die ihren Bräutigam am Tage vor der Hochzeit verloren habe, auf Abnahme des Brautkranzes verklagt werden.

Hierzu ist zu bemerken, dass man Zeitungen oder Romane sofort nach der „Abnahme“ mühelos vernichten kann, sofern sie sich plötzlich so verschlechtern sollten, dass sie eine sittliche Gefahr für den Käufer und sein Haus wären, und falls das Abonnement nicht noch früh genug aufgehoben werden könnte[3]). — Beim Kauf von giftigen oder explosiven Stoffen wird man ausserdem, falls man die Eigenschaft derselben wirklich nicht kennen sollte, und falls der Verkauf derselben

[1]) Laband, S. 307, unten.
[2]) S. 307, a. a. O.
[3]) vergl. Sprenger, a. a. O., S. 597.

seitens der Behörde gestattet wäre, wohl stets auf die gefahrbringende Eigenschaft aufmerksam gemacht. Dynamit und derartige Stoffe sind überhaupt nicht für jedermann käuflich, bei Pulver, Benzin u. s. w. kennt jeder deren explosive Natur, und giftige Stoffe müssen stets kenntlich gemacht werden.

Bezüglich des Brautkranzes führt Sprenger S. 598 treffend aus, dass nicht in der Abnahmepflicht ein so grosses Unglück liege, sondern darin, dass die Braut ihren Bräutigam verloren habe. Sie wird nur durch den Kranz wieder an ihr Unglück erinnert. Zudem ist es der Braut, wenn sie den Kranz nicht etwa als Andenken aufbewahren will, oder den Angehörigen doch leicht möglich, den Kranz sofort zu vernichten.

Ferner ist zu bedenken, dass einerseits jeder das auch haben will, was er gekauft hat; nur in verhältnismässig sehr wenigen Fällen wird eine Klage auf Abnahme vorkommen; sodann wird andererseits ein Verkäufer nur dann auf Abnahme klagen, wenn ihm dieser Weg als allein zweckmässig und unumgänglich erscheint; in den meisten Fällen wird er zur Zurücknahme bereit sein. So wird der Verlagsbuchhändler wohl kaum auf Abnahme klagen, wenn er sein Geld für die Zeitung oder den Roman bekommt, ebensowenig der Apotheker, bei dem sich jemand weigert, eine giftige Mixtur abzunehmen, weil er sich davor fürchtet. Ein Fall, wie der zuletzt angeführte, wird wohl kaum jemals vorkommen; auch der gewöhnlichste Gärtner wird soviel Takt besitzen, dass er nicht auf Abnahme eines Brautkranzes wie im vorliegenden Falle klagt, zumal wenn er ihm bezahlt ist. — Auch die von Kohler Bd. XIII S. 179 ff. gegen die unbeschränkte Zulässigkeit der Klage auf Abnahme angeführten Beispiele beweisen nichts. Wenn Kohler nicht will, dass ein Grossstädter, der in einer Lotterie eine Kuh gewonnen hat, zur Abnahme der Kuh gezwungen werden könne, so liegt doch die Frage nahe, warum spielt denn eigentlich der Grossstädter in einer solchen Lotterie. Er sah doch die Möglichkeit des Gewinnes einer Kuh voraus. Der Temperenzler, der ein Fass Wein gekauft und bezahlt hat, kann es ja auslaufen lassen. Dass der abgedankte

General seine eben erst bestellte Uniform noch abnehmen muss, ist zwar für ihn schmerzlich, aber doch kein so grosses Unglück; in den meisten Fällen wird der Verkäufer andere Verwendung dafür haben und gar keine Abnahme verlangen.

Man würde nun noch gegen eine Klage auf Abnahme anführen können, dass der Käufer doch unter Bezahlung des Kaufpreises auf die Ware verzichten könne. Zunächst ist es zweifelhaft, ob ein einseitiger Verzicht auf das Kaufobjekt gültig wäre. Das B. G.-B. regelt den Verzicht zwar nicht einheitlich, es kennt aber einen einseitigen Verzicht nur bei dinglichen Rechten [1]). Forderungsrechte erlöschen erst durch Vertragsschluss, durch die Annahme des Verzichts, durch Erlassvertrag (§ 397 B. C.-B.) [2]). Auf das Forderungsrecht bezüglich der Kaufsache kann der Käufer also einseitig nicht verzichten; ein einseitiger Verzicht wäre nur dann denkbar, wenn das Eigentum bereits auf den Käufer übergegangen ist, und dieser nunmehr auf das Eigentum an der Kaufsache verzichtete. Die Zulässigkeit eines solchen Verzichts muss aber in diesem Falle bestritten werden, denn bei der engen Verknüpfung von dem Recht auf die Kaufsache mit der Pflicht zur Abnahme würde der Käufer sich gleichzeitig einer Pflicht entziehen. Auch würde die Bestimmung des § 433 Abs. 2 dadurch fast ihre ganze Bedeutung einbüssen, denn in Fällen, wo dem Käufer die Abnahme lästig wäre (z. B. weil die Ware inzwischen verdorben ist), würde er einfach auf dieselbe verzichten. Nimmt dagegen der Verkäufer den Verzicht an, so wird damit für den Käufer der Klage auf Abnahme gegenüber eine Einrede geschaffen.

Unter Umständen wird der Käufer auch eine Einrede aus § 226 B. G.-B. haben, wenn sich das Verhalten des Verkäufers als chikanös herausstellt, insofern er z. B. den Käufer zwingen will, ein geringfügiges Objekt abzuholen, trotzdem er sich ganz gut selbst davon befreien kann.

[1]) §§ 856, 976, 875, 928, 1175.
[2]) ebenso Endemann, B. G.-B. II, S. 250.

§ 12.

Die Klage aus § 433 Abs. 2 ist nun nicht etwa eine Feststellungsklage, wie Kohler meint [1]), sondern es handelt sich um eine Leistungsklage. Kohler führt gegen die ihm gemachte Entgegnung, die Feststellungsklage sei auch ohne § 433 Abs. 2 zulässig, an, es solle durch § 433 Abs. 2 dem Verkäufer der Nachweis des besonderen Interesses erspart werden. Wäre dies der Fall, dann wäre wahrscheinlich § 433 Abs. 2 anders formuliert worden. Im konkreten Falle wird es auch dem Verkäufer wenig nützen, wenn durch Urteil festgestellt wird, dass „er mit der Kaufsache in bestimmter Weise verfahren" habe und nunmehr frei sei, dass also das Gut als „abgenommen" gelte. Dadurch wird der Verkäufer seine Ware noch nicht los, woran ihm doch am meisten liegt.

Die Vollstreckung des Urteils erfolgt aus § 887 C.-P.-O.[2]) nicht wie Laband annimmt [3]), nach § 888. Man wird doch die Abnahme immer als eine Handlung betrachten können, die auch durch Dritte vorgenommen werden kann; dem Käufer kann der gekaufte Gegenstand von einem Dritten gebracht werden. Weigert er sich, denselben in seinen Besitz zu nehmen, indem er dem Dritten das Betreten seines Hauses, Hofes oder Lagers verbietet, so kann dieser gemäss § 892 C.-P.-O. einen Gerichtsvollzieher zuziehen, der nötigenfalls mit Gewalt (§ 758 Abs. 3) den Widerstand des Käufers beseitigt.

§ 13.

Im § 433 B. G.-B. sind die Pflicht des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises und die Pflicht zur Abnahme der gekauften Sache nebeneinandergestellt. Es liegt infolgedessen die Vermutung nahe, beide Pflichten seien gleichwertig. Das ist jedoch nicht der Fall; die Pflicht zur Abnahme ist nur eine

---

[1]) Archiv für d. R. Bd. XIII, S. 241.

[2]) ebenso Rosenberg, Verzug des Gläubigers in Ihering Jahrbüchern VII, S. 264 und Lehmann, Comm., S. 108.

[3]) S. 307.

Nebenverbindlichkeit. Jedenfalls zieht ihre Verletzung nicht die Folgen nach sich, welche für die gegenseitigen Verträge festgestellt sind.

Kauf ist wirtschaftlich betrachtet der Umsatz von Ware gegen Geld. Wesentlich ist auf seiten des Verkäufers die Ware, auf seiten des Käufers die Preiszahlung. Erst in zweiter Linie wird dem Verkäufer daran liegen, dass ihm die Ware auch abgenommen werde. Eine Gegenseitigkeit besteht bezüglich Recht und Pflicht nur zwischen Kaufsache und Kaufpreis, daher kommen auch nur bei diesen die Vorschriften über den gegenseitigen Vertrag zur Anwendung. Es würden sich auch praktisch unhaltbare Konsequenzen ergeben, wenn der Verkäufer dem Käufer, der zwar den Kaufpreis bezahlt hat, jedoch mit der Abnahme im Verzuge ist, eine Nachfrist nach § 326 B. G.-B. setzen und nach fruchtlosem Ablauf derselben noch vom Vertrage zurücktreten könnte, oder unter Verweigerung der eigenen Leistung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen dürfe Ebenso kann der Verkäufer nicht auf grund des § 325 vom Vertrage zurücktreten oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend machen, wenn dem Käufer die Abnahme z. B. wegen überfüllter Magazine unmöglich ist[1]). — Allerdings kann er Schadenersatz auf Grund der §§ 280 und 286 fordern, da hier ja Schuldnerverzug resp. Leistungsunmöglichkeit vorliegt, z. B. auch dann, wenn die Ware infolge des Verzugs des Käufers verdorben ist und nun auf kostspielige Weise unschädlich gemacht werden muss, oder wenn sie einem Dritten zur Aufbewahrung gegeben werden musste.

Hat die Abnahme infolge des Verzugs des Käufers für den Verkäufer kein Interesse mehr, so kann er auch nach § 286 unter Ablehnung der Abnahme vom Vertrage zurücktreten (aber nach § 286, nicht 326).

Es hatte z. B. ein Fabrikant, der einen Lagerplatz auf polizeiliche Anordnung hin räumen sollte, eine Quantität Asche oder sonstige Abfälle verkauft, um hierdurch den Platz frei

[1]) ebenso Staub, H.-G.-B. Bd. II, Anm. 145 zu § 374, anderer Ansicht allerdings Cosack, B. G.-B. S. 444, Lehmann, Comm. S. 115, No. 5, Rosenberg, a. a. O. S. 261, Schollmeyer Kauf, S. 22.

zu bekommen. Der Käufer ist jedoch mit der Abnahme im Verzug und der Verkäufer muss sie anderweitig fortschaffen lassen und noch obendrein Polizeistrafe bezahlen; dann kann er natürlich die Kosten für die Entfernung der Asche und die Polizeistrafe vom Käufer ersetzt verlangen. Ausserdem kann er, da er jetzt kein Interesse mehr an der Abnahme hat, nach § 286 zurücktreten.

Diese Bestimmungen der §§ 280 und 286 genügen eigentlich auch vollkommen zum Schutze des Verkäufers. — Sodann kommt es bezüglich der Abnahme auch immer auf den Inhalt des Kaufvertrags an. Hatte der Fabrikant im letzten Beispiel ausdrücklich dem Käufer gesagt: „ich verkaufe Ihnen die Asche . . . . , um den Platz frei zu bekommen“ und war gerade mit Rücksicht hierauf der Kaufpreis sehr gering gewesen, so ist das Aquivalent der Kaufsache sowohl der Kaufpreis wie die Arbeit. Beim Kauf auf Abbruch ist die Tätigkeit des Käufers, die Abnahme, dem Verkäufer mindestens ebensoviel wert wie der Kaufpreis, hier wird der Preis nicht allein für die Steine, das Holz u. s. w. gezahlt, sondern gleichzeitig mit Rücksicht auf die Räumung des Platzes geringer bemessen. Hier stehen also Kaufpreis und Abnahme in synallagmatischem Verhältnis zu dem Kaufobjekt, sodass deshalb in diesem Falle die §§ 325 und 326 Anwendung finden würden. — Eine genaue Grenze lässt sich hier allerdings nicht ziehen, es wird jedesmal nach der Lage des einzelnen Falles zu beurteilen sein, ob die Abnahme mit im synallagmatischen Verhältnis zum Kaufpreis steht. Man kann aber z B. in all den Fällen auf die Anwendbarkeit der §§ 325 und 326 auch auf die Abnahme da schliessen, wo man auch ohne § 433 Abs. 2 eine Klage auf Abnahme zugelassen hätte, wo also die Abnahme ausdrücklich oder stillschweigend mitübernommen ist, wie eben beim Kauf auf Abbruch, Verkauf des Inhalts von Senkgruben, einer Partie stehenden Holzes, von verwertbaren Abfällen und dergl. In diesem Sinne hat sich auch das R.-G. in einer Entscheidung vom 9. Dezember 1902 ausgesprochen[1]), wo ausgeführt wird: „Kommt der Käufer mit der

[1]) in Zeitschrift „Das Recht“, VII, No, 7, S. 180.

Abnahmepflicht in Verzug, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet. Der Verkäufer kann aber aus dem Verzug allein dieser Verbindlichkeit die Rechte aus Satz 1 und 2 des § 326 nur dann ableiten, wenn die Abnahme nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles als Hauptleistung anzusehen ist," ebenso O.-L.-G. Stuttgart vom 17. Oktober 1902.[1])

In einer späteren Entscheidung vom 28. April 1903 [2]) hat das Reichsgericht den soeben geschilderten Standpunkt unter Bezugnahme auf das Urteil vom 9. Dezember 1902 nochmals ausdrücklichst vertreten. In den Gründen des letzten Urteils heisst es: „Bei Kaufverträgen über bewegliche Sachen, namentlich bei Handelskäufen, ist aber die Abnahme der gekauften Sache seitens des Käufers in der Regel weder dessen Hauptleistung noch eine der Hauptleistungen desselben. Der Verkäufer kann daher aus dem Verzuge des Käufers mit dieser Abnahmeverpflichtung allein die Rechte aus Satz 1 und 2 des § 326 Abs. 1 nur dann herleiten, wenn die Abnahme nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles eine der noch nicht erfüllten Hauptleistungen des Käufers ist (als welche unter allen Umständen die Zahlung des Kaufpreises anzusehen ist).

Kauft also jemand in einem Laden irgend einen Gegenstand, etwa eine Standuhr, bezahlt er sie auch sofort, so kann der Verkäufer nachher nicht unter Setzung einer Nachfrist vom ganzen Kaufvertrage zurücktreten, wenn der Käufer die Uhr nicht abholt.

---

[1]) anderer Ansicht O.-L.-G. Marienwerder vom 6. Dezember 1901 und O.-L.-G. Karlsruhe vom 11. Juli 1902. (sämtlich in Zeitschrift „Das Recht" VII, S. 103).

[2]) in Zeitschrift „Das Recht" VII, No. 11, S. 290.

Annahme.

a) beim Kauf.

§ 14.

Der Begriff der „Annahme“ wird sowohl vom B. G.-B. als auch vom H.-G.-B. in den auf den Kauf bezüglichen Bestimmungen gebraucht. Das B. G.-B. gebraucht ihn in § 464, sodann aber auch in den allgemeinen Bestimmungen des zweiten Buches, §§ 283, 293, 326, 363, 364 und 372, die als solche ja auch auf den Kaufvertrag Bezug haben. Das H.-G.-B. verwendet ihn in § 373.

„Annahme“ kann nun Verschiedenes bedeuten. Man bezeichnet nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch mit „Annahme“ die Besitzergreifung, die Ansichnahme des Schuldobjektes durch den Gläubiger. Dann ist Annahme als rein äusserlicher Akt nichts anderes als ein Synonymon von „Abnahme“. Für den Kauf speziell könnte man sagen, die „Annahme“ bezeichne die Ansichnahme des Kaufobjektes durch den Käufer in seiner Stellung als Gläubiger. [1])

Die „Annahme“ durch den Gläubiger kann jedoch noch ein Mehr enthalten. Durch jene Ansichnahme kann der Gläubiger gleichzeitig zu erkennen geben, dass die ihm geleistete Sache die ihm geschuldete sei oder dass er die ihm gemachte Leistung als die ihm geschuldete anerkenne. Diese „Annahme“ würde als eine Besitzergreifung cum animo solvendi die Auflösung des Schuldverhältnisses zur Folge haben.[2])

Die „Annahme“ kann ferner noch mehr enthalten; die Ansichnahme kann erfolgt sein in der Absicht, die angebotene Leistung nicht allein als den Inhalt und die Erfüllung des Kaufvertrages anzusehen, sondern sie auch gleichzeitig ihrer Qualität nach zu billigen, zu genehmigen. — Man könnte endlich unter Annahme auch die Entgegennahme der Tradition verstehen; so Makower, Comm. S. 1072 ff. „Unter Annahme

[1]) Dernburg, B. G.-B. § 74, Hanausek, S. 291, Laband, a. a. O., S. 304, Staub, Anm. 1 zu § 373.

[2]) Rosenberg, S. 254 und Lehmann, in Jur.-Zeitung VII, S. 493.

ist die Ausübung des Rechts des Käufers auf Übergabe und Eigentumsverschaffung verstanden, also das Dulden der Besitzverschaffung und die Mitwirkung bei Einigung über Eigentumsübergang."

Es wird sich nun fragen, in welchem Sinne gebraucht das Gesetz den Begriff der „Annahme" und ferner, gebraucht es ihn überall in gleichem Sinne, sodass man ihn ebenfalls als einen „technischen" Begriff bezeichnen kann.

Jedes Schuldverhältnis stellt für den Schuldner eine Belastung oder Verpflichtung dar. Es liegt dem Schuldner also nicht nur daran, dass er die geschuldete Leistung bewirken kann, dass er sie m. a. W. los wird, sondern es liegt ihm vor allem daran, dass mit dieser Leistung das Schuldverhältnis erlösche, und er aus dem Schuldverbande entlassen werde. Das Schuldverhältnis erlischt nun normalerweise durch die Erfüllung, die Bewirkung und Hinnahme der Leistung als die geschuldete; es erlischt nicht dadurch, dass der Schuldner von der konkreten Leistung durch den Gläubiger befreit wird. Als Beispiel für den Kauf diene folgendes: A hat dem B ein Pferd verkauft und lässt es ihm bringen. B erklärt dem Überbringer, ich will das Pferd einstweilen hier behalten, bis mir der Schuldner ein anderes bringt; es ist aber nicht dasjenige, welches ich gekauft habe, und welches mir A schuldet. Zweifellos ist hier die Obligation auf Leistung eines Pferdes nicht erloschen, denn B hat das gelieferte Pferd nicht als das ihm geschuldete anerkannt, er hat es nicht „angenommen". „Annahme" ist also nicht die blosse Inbesitznahme, Ansichnahme, „Abnahme", sondern sie ist die Inbesitznahme cum animo solvendi, die Abnahme der Leistung „als die geschuldete".

Wo das B. G.-B. und ebenfalls das H.-G.-B. von „Annahme" spricht, meint es damit nicht die Inbesitznahme, „Abnahme" der Leistung durch den Gläubiger, sondern es versteht darunter ein „Mehr", eine „Abnahme" der Leistung in der Absicht, diese Leistung als die geschuldete zu betrachten, eine „Abnahme" cum animo solvendi.[1])

[1]) ebenso Rosenberg, S. 254.

Zur näheren Erläuterung mag auf die einzelnen §§ eingegangen werden:

Da es vollkommen im Belieben des Gläubigers steht, ob er eine ihm angebotene Leistung als die ihm geschuldete ansehen will, — denn dies ist sein Recht — so könnte er durch seine „Annahmeweigerung" die Lösung des Schuldverhältnisses hindern und vereiteln. Deshalb hat der Gesetzgeber dem Schuldner ein Hülfsmittel gegeben. Der Schuldner kann die geschuldete Sache hinterlegen (§ 372 B. G.-B., § 373 H.-G.-B.) unter Verzicht auf die Rücknahme. Dann hat diese Hinterlegung dieselbe Wirkung wie die „Annahme". Der Schuldner ist nach § 378 B. G.-B. dann in gleicher Weise von seiner Verbindlichkeit befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet, (dieser also „angenommen") hätte. § 378 sagt ausdrücklich, der Schuldner wird hierdurch in gleicher Weise von seiner Verbindlichkeit befreit; die Hinterlegung befreit ihn nicht nur von dem konkreten Leistungsobjekt, sondern sie lösst das Schuldverhältnis selbst. §§ 293, 372 B. G.-B., § 373 H.-G.-B.

Hat der Gläubiger einmal eine Leistung, z. B. der Käufer das geschuldete Kaufobjekt als Erfüllung an sich genommen, so muss er es auch weiterhin als Erfüllung gelten lassen. Jedenfalls ist er für den Fall, dass er dasselbe nachher nicht als Erfüllung gelten lassen will, dafür beweispflichtig, warum es nicht die geschuldete Leistung sei (z. B. dafür, dass dies Objekt eine andere als die geschuldete Leistung oder unvollständig gewesen sei), denn die Annahme ist ein Zeugnis wider ihn selbst, durch die Annahme hat er ja zugegeben, dass die betreffende Leistung die ihm geschuldete sei. [1] § 363

Hat der Käufer eine mangelhafte Sache in Kenntnis des Mangels „angenommen", d. h. hat er die Sache, deren Mangel er gesehen hatte, trotz dieses Mangels als Erfüllung, als die ihm geschuldete, entgegengenommen, so stellt das Gesetz in § 464 die Vermutung auf, dass er dann die Sache auch so wie sie ist genehmige, dass er auf die Geltendmachung des Mangels verzichte, es sei denn, dass er sich dies ausdrücklich bei der „Annahme" vorbehalten habe. Wäre „Annahme" bloss das tatsächliche An- § 464

[1] Windscheid, II, § 321.

sichnehmen, die „Abnahme“ der Kaufsache, so könnte man an dieselbe niemals das Präjudiz der Genehmigung knüpfen. Daraus, dass dem Käufer die mangelhafte Ware ins Haus gebracht ist, oder dass er sie hat abholen lassen, wird man noch nicht schliessen können, dass er sie nun auch gleich genehmige. Erst wenn er erklärt, er wolle die Sache behalten, oder wenn er sie nicht wieder zurückschickt, vergl. unten, ist das Präjudiz aus § 464 gerechtfertigt.[1])

Die „Annahme“ in den genannten §§ des H.-G.-B. und B. G.-B. enthält keineswegs eine Genehmigung der Qualität der Kaufsache, denn auch wenn die Ware „angenommen“ ist, kann der Käufer noch Mängel geltend machen, er kann Minderung und Wandelung ev. Schadenersatz verlangen, nur ist er dann für die Mangelhaftigkeit beweispflichtig. Diesen Beweis lässt aber § 363 ausdrücklich zu.[2])

Die „Annahme“ ist endlich auch nicht die Entgegennahme der Tradition. In der Regel wird sie zwar hiermit zusammenfallen,[3]) jedoch ist dies durchaus nicht notwendig. War z. B. ein Konnossement über die Ware ausgestellt, so gilt die Tradition mit der Übergabe des Konnossements als erfolgt, damit ist aber die Ware selbst noch nicht „angenommen“ [4]), denn wäre mit dem Vollzug der Tradition schon „angenommen“, so wäre in diesem Falle der Verkäufer in unangenehmer Lage, er könnte, wenn nachher der Käufer die Inbesitznahme verweigerte, weder hinterlegen noch den Selbsthülfeverkauf betreiben. Hatte z. B. der Käufer einen Bevollmächtigten geschickt, um die Ware abzuholen, so ist mit der Übergabe an denselben die Ware selbst tradiert; sie ist aber damit noch nicht „angenommen“, die „Annahme“ erfolgt erst, wenn der Käufer sie nachher selbst als Erfüllung anerkennt. [5]) Regelmässig wird dagegen umgekehrt in der Weigerung des Käufers,

[1]) vergl. Planck, No. 1 zu § 464.
[2]) „ Schollmeyer, Comm., S. 280.
[3]) „ auch Makower, Comm., S. 1228, der jedoch die „Annahme“ anders definiert.
[4]) R.-G., III, S. 88.
[5]) vergl. ebenso R.-O.-H.-G., IX, No. 24, S. 80 und 81 und Entsch. des R.-G. in Goldschmidt's Zeitschr., XI, S. 564 vom 6. März 1880.

sich die Ware tradieren zu lassen, stets schon „Annahmeverzug“ liegen[1]), denn es gehört zur Verbindlichkeit des Verkäufers, das Eigentum an der Kaufsache zu übertragen. Weigert sich nun der Käufer, sich die Ware tradieren zu lassen, so gibt er dadurch zu erkennen, dass er dieselbe nicht haben, dass er sie nicht als die ihm geschuldete Leistung betrachten wolle.

§ 15.

Während die „Abnahme“ das rein Tatsächliche in der Ansichnahme des Kaufobjektes durch den Käufer ist, ist die „Annahme“ die Ansichnahme cum animo solvendi. Einen derartigen Unterschied in der Ansichnahme macht auch schon das R.-O.-H.-G. IV No. 69, S. 341, indem es zwischen einer rechtlichen Annahme und einer bloss faktischen Entgegennahme spricht. Letztere wäre also nach der Ausdrucksweise des B. G.-B. die „Abnahme“; unter „der rechtlichen Annahme“ hat das R.-O.-H.-G. anscheinend das verstanden wissen wollen, was das B. G.-B. jetzt schlechthin mit „Annahme“ bezeichnet. — Die „Annahme“ enthält also etwas Zweifaches. Sie ist erstens die Ansichnahme, Wegnahme der Ware durch den Gläubiger, die aber zweitens cum animo solvendi geschehen muss. Insofern ist in der „Annahme“ die „Abnahme“ enthalten, denn die „Annahme“ ist ein Mehr als die „Abnahme“. Die „Annahme“ erfordert also zunächst wie die „Abnahme“ eine Entfernung der Kaufsache aus dem Gewahrsam des Verkäufers, eine Ansichnahme durch den Käufer. Dieses Erfordernis kann jedoch durch Vereinbarung der Parteien fortfallen, so z. B. wenn dem Verkäufer als Mieter oder Verwahrer die Sache durch const. poss. belassen wird; oder wenn nach Übereinkunft die Ware beim Verkäufer weiter lagern soll, da der Käufer nur Zwischenhändler ist, und erst der dritte Käufer die Ware abholen soll. Dann hat der erste Käufer mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung, er sehe die Ware als die geschuldete an, angenommen. Dieses tatsächliche Moment kann aber nicht von der „Annahme“ ohne

[1]) vergl. Lehmann, No. 5 zu § 373, S. 99.

weiteres getrennt werden.[1]) Eine Sache, die der Käufer vom Verkäufer zu holen hat, ist noch nicht angenommen, wenn der Käufer sagt, er sehe die Sache als die ihm geschuldete an, auch nicht einmal wenn er sagt, er genehmige sie; es ist dann immer noch erforderlich, dass er sie auch abholt.[2]) Wäre die blosse Erklärung, die Ware werde als die geschuldete betrachtet, schon „Annahme", dann könnte der Käufer dadurch dem Verkäufer ausser der Klage auf Abnahme alle Rechtsmittel abschneiden, indem dann der Verkäufer, da infolge der geschehenen Erklärung kein Annahmeverzug vorliegt, weder hinterlegen noch den Selbsthülfeverkauf betreiben könnte. Ist dagegen durch const. poss. oder sonstige Abmachung die tatsächliche Fortnahme der Sache ausgeschlossen, so genügt die Erklärung des Käufers, dass er die Ware als die ihm geschuldete betrachte.

War das Erfordernis der körperlichen Ansichnahme durch const. poss. ausgeschlossen, und dem Verkäufer die Sache als Mieter oder Verwahrer belassen, und weigert sich dann später der Käufer, die Sache an sich zu nehmen, so liegt kein Annahmeverzug mehr vor, jedenfalls nicht ein Annahmeverzug des Käufers, der dem Verkäufer die Rechte der §§ 372 u. s. w. B. G.-B. und 373 H.-G.-B. gewährte; die Folgen einer späteren Weigerung, die Sache in Besitz zu nehmen, richten sich vielmehr nach den für die Verwahrung, Miete u. s. w. geltenden Vorschriften.

§ 16.

Die Regel ist also, dass zur „Annahme" eine körperliche Entgegennahme der Sache durch den Käufer erfolgen muss. Zu diesem tatsächlichen Moment muss aber der animus solvendi hinzukommen; die körperliche Ansichnahme muss in der Absicht geschehen, dass das Schuldverhältnis dadurch gelöscht werde, und der Verkäufer nunmehr frei sei. Es muss zu dem tatsächlichen Ansichnehmen „die erkennbare Willens-

[1]) Schollmeyer, Komm., S. 280.
[2]) anderer Meinung Rosenberg, S. 258 und anscheinend auch Makower, S. 1073.

richtung des Gläubigers, dass er in der ihm als Erfüllung angebotenen Leistung die ihm geschuldete Leistung erblicke", hinzutreten.[1])

Es ist also z. B. keine „Annahme", wenn die gekauften Waren dem Käufer ohne sein Wissen oder in seiner Abwesenheit ins Haus gebracht werden, ebensowenig, wenn er sie ausdrücklich nur zur Ansicht oder Prüfung entgegennimmt. Es liegt ferner keine „Annahme" vor, wenn der Käufer die Ware unter dem Vorbehalt an sich nimmt, dieselbe sollte auf Gefahr des Verkäufers bei ihm lagern,[2]) oder wenn er dem Verkäufer, der ihm die Sache gebracht hat, nach einigen Tagen mitteilt, er solle sie sich wiederholen, er wolle sie nicht Endlich kann man auch nicht von „Annahme" reden, wenn der Käufer, an dessen Frachtführer die Waren übergeben waren, diese nachher bei ihrer Ankunft dem Verkäufer zur Verfügung stellt. In all diesen Fällen gibt ja der Käufer zu erkennen, dass er die geleistete Ware nicht als die Erfüllung ansehe. Die „Annahme" ist nicht erfolgt, und deshalb hat der Verkäufer die Rechte aus § 372 u. s. w. B. G.-B. und 373 H.-G.-B.

Darüber, ob der Verkäufer noch die vorbezeichneten Rechte habe, die sich aus dem „Annahmeverzug" ergeben, wenn der Käufer die Ware in seinem Besitz habe, mit a. W. ob in solchem Falle die Waren bereits „angenommen" seien, sind die Ansichten geteilt. Die Entscheidungen des R.-G., die hier angezogen werden, sind zwar auf grund des Art. 343 des alten H.-G.-B. ergangen. Da jedoch Art. 343 durch § 373 des neuen H.-G.-B. ersetzt ist[3]), so sind diese Entscheidungen hier doch von Bedeutung.

Das R.-G. hat sich in einer Entscheidung vom 6. März 1880[4]) dahin ausgesprochen, dass der Verkäufer das Recht zum Selbsthülfeverkaufe auch dann noch habe, wenn die Ware bereits im Besitze des Käufers sei, denn es führt aus:

[1]) Schollmeyer, Komm., S. 280, Lehmann, in Jur.-Z. VII, S. 493.
[2]) ebenso Makower, S. 1073.
[3]) vergl. die Denkschrift zum Entwurf des H.-G.-B., § 344.
[4]) in Goldschmidt's Zeitschr., Bd. 26, S. 564, ebenso in der Entscheidung III, S. 81 und XXX, S. 259.

„Lediglich von dem Verzuge in der Empfangnahme, d. h. von der verzögerten Erklärung des Empfängers, dass er die Ware in Erfüllung des Vertrages annehme, sind die alternativen Befugnisse des Verkäufers in Art. 343 H.-G.-B. abhängig gemacht . . . . Es macht keinen Unterschied, ob die Ware bereits faktisch in den Besitz des Käufers gelangt ist oder nicht."

Vergleiche auch das Erkenntnis des O.-A.-G. Wolfenbüttel [1]), welches ausführt: aus dem Umstande, „dass der Beklagte die richtig und unbeschädigt gefundene Ladung von den Fuhrleuten habe abladen und in seine Wohnung bringen lassen, könne die Absicht, die Ware „anzunehmen" nicht entnommen werden". In einer späteren Entscheidung [2]) hat das R.-G. einen anderen Standpunkt vertreten und die Zulässigkeit des Selbsthülfeverkaufs verneint, wenn der Käufer die Ware auf Lager habe, sie aber nicht als Erfüllung des Vertrags ansehen wolle. Es führt hier ganz im Gegensatz zu der vorigen Entscheidung aus, dass unter Empfangnahme des Art. 343 lediglich der Akt zu verstehen sei, durch den der Käufer die Ware entgegennehme (also im Sinne von „Abnahme"), jedenfalls sei darunter n i c h t die Annahme als Erfüllung zu verstehen.

Wenn das R.-G. in dieser letzteren Entscheidung zur Begründung seiner Ansicht weiter ausführt: es sei unerfindlich, warum der Verkäufer die Befugnis haben solle, die Ware vom Käufer, der sie bereits auf Lager habe, wegzuholen und bei einem anderen niederzulegen oder öffentlich zu verkaufen, — so ist zu bedenken, dass er sie wohl weniger wegholen wird, um sie anderswo zu hinterlegen, — (wenn er nicht gerade für ihre Erhaltung besorgt sein muss) — als dass es ihm in erster Linie darum zu tun ist, den Selbsthülfeverkauf zu betreiben, um so zu seinem Gelde zu kommen. Ausserdem wäre der Verkäufer in dem Falle, dass der Käufer die Ware in sein Haus oder Lager genommen hat, und dann erst zur Disposition

---

[1]) in Seuff. Arch. IX, No. 88.
[2]) Bd. 43, No. 9, S. 45.

stellt, bedeutend schlechter gestellt, als wenn er sie gleich bei ihrer Ankunft am Bestimmungsorte zurückweist und dem Frachtführer belässt.

Aus diesen Gründen ist m. E. der Ansicht des R.-G. von der „Annahme“ in dem letzten Erkenntnis nicht zuzustimmen.[1]) Es wird sich empfehlen, auf das Rechtsverhältnis näher einzugehen, wenn der Käufer die ihm gelieferten Waren im Besitz hat, sie aber dem Verkäufer „zur Verfügung stellt.“

Die Erklärung des Käufers, er stelle dem Verkäufer die Waren zur Disposition, kann zunächst bedeuten, er sehe die Ware nicht als die ihm geschuldete an, er lehne die Übertragung des Eigentums auf ihn ab. In solchem Falle liegt dann, wie oben bereits bemerkt, jedenfalls keine „Annahme“ vor. — Die Dispositionsstellung kann ferner bedeuten, der Käufer fechte die Übertragung des Eigentums an, das bereits auf ihn übergegangen war, vielleicht weil er sich in der Person des Verkäufers oder in der Ware selbst geirrt hat. Dieser Fall ist dann dem vorigen gleich zu achten. In der Stellung zur Disposition kann weiter ein Wandelungsantrag liegen. Ist dies der Fall und erfolgt die Stellung zur Disposition sofort bei oder unmittelbar nach der Entgegennahme der Ware, so liegt ebenfalls keine „Annahme“ vor, denn dadurch, dass der Käufer sofort die Rückgängigmachung des Kaufvertrages beantragt, zeigt er, dass er die Ware nicht haben will. In diesem Falle würde somit ebenfalls „Nichtannahme“ vorliegen.[2])

Anders ist es jedoch, wenn der Käufer Minderung oder Schadensersatz beantragt. Hier wird die gelieferte Ware an sich „angenommen“, der Käufer will die Ware selbst behalten, er betrachtet sie auch als Erfüllung, er will nur auf grund eines Mangels einen geringeren Preis zahlen u. s. w. Wird die Ware ferner erst später, nachdem sie bereits in Besitz und Eigentum des Käufers übergegangen war, wegen

[1]) Vergl. auch Harnier, in Deutsch. Juristenz. IV, S. 110 und Staub, 7. Aufl., Anm. 4 zu § 373, Makower, S. 1074.

[2]) ebenso Makower, S. 1228, anders Lehmann, Jur.-Zeitg. VII, S. 494.

vorhandener Mängel zwecks Wandelung zur Verfügung gestellt, so vermag dieser Umstand an der „Annahme“ selbst nichts zu ändern. Die Ware war und bleibt „angenommen.“ Staub spricht in solchem Falle [1]) von vorläufiger „Annahme“. Dieser Ausdruck kann irre führen. Die Folgerung wäre, dass eine definitive d. h. eigentliche „Annahme“ erst mit der Genehmigung der Ware stattfinde. Die Stellung zur Disposition auf grund von Mängeln kann ja aber noch binnen 6 Monaten erfolgen, und während dieser Zeit würde dann ein Schwebezustand herrschen, — wenn nicht etwa der Käufer die Ware ausdrücklich genehmige — weil die Ware jederzeit noch zur Verfügung gestellt werden kann.

§ 17.

Ob nun eine Sache „angenommen“ ist, d. h. ob sie der Käufer als die ihm geschuldete betrachtet, ist jeweilig nach Lage des einzelnen Falles zu beurteilen. Oft wird schon in der „Abnahme“ allein sich dieser Wille des Käufers kundgeben, z. B. wenn er eine Sache, die er vorher mehrfach besehen und geprüft hat, abholt. Im täglichen Leben werden aber dem Käufer oft die gekauften Waren verpackt ins Haus geschickt. Sind sie vom Postboten oder Laufburschen dort abgegeben, oder auch dem Käufer selbst verpackt übergeben, so wird man sie damit noch nicht als „angenommen“ bezeichnen können [2]), hier kann der Wille, die „abgenommenen“ Waren als Erfüllung gelten zu lassen, sich aber ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen geben, indem der Käufer z. B. die Waren innerhalb einiger Tage nicht zurückschickt, oder sie in Gebrauch nimmt, oder sie verbraucht und rechtlich oder tatsächlich über sie verfügt [3]), oder wenn er die Rechnung fordern lässt.

[1]) Anm. 4 zu § 373.

[2]) ebenso Lehmann, Jur.-Zeitg., S. 493, Oertmann No. 1. zu § 363, Rosenberg S. 258.

[3]) vergl. R.-O.-H.-G. VI, S. 104, und Lehmann, Kommentar Anm. 79 zu § 377.

b) im Frachtrecht.

α) Des Frachtführers.

§ 18.

Der § 429 H.-G.-B. bestimmt: „Der Frachtführer haftet für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Gutes in der Zeit von der Annahme bis zur Ablieferung . . . entsteht, es sei denn . . . .“ Der Begriff der „Annahme“ ist also hier für den Beginn der Haftung des Frachtführers ex recepto wesentlich. Zur „Annahme“ ist auch diesmal, wie beim Käufer, erforderlich, dass der Frachtführer das zu transportierende Gut in seinen unmittelbaren Besitz übernommen hat, denn sonst kann er naturgemäss nicht die nötigen Erhaltungsmassregeln treffen, und nicht so für das Gut sorgen, wie es in solchem Falle notwendig ist. Es genügt also nicht, dass der Frachtvertrag abgeschlossen ist, während das Gut noch beim Absender lagert. Andererseits muss der Frachtführer, wenn sich das Frachtgut schon in seinem Besitz befindet, auch darum wissen; es darf ihm nicht ohne weiteres in sein Lager gebracht sein. Dass die Reise schon angetreten sei, ist nicht erforderlich [1]). Endlich muss der Frachtführer das Gut in seiner Eigenschaft als Frachtführer in seinen Besitz übernommen haben; soll das Frachtgut z. B. laut Vereinbarung einstweilen bei ihm lagern und erst an einem bestimmten Tage zur Versendung kommen, so liegt für die Zeit zwischen der Besitzübernahme und dem Tag der Versendung ein Verwahrungsvertrag zwischen Absender und Frachtführer vor; letzterer haftet daher für diese Zeit auch als Verwahrer. Bei successiver Einlieferung des Frachtgutes beim Frachtführer nach Abschluss des Frachtvertrages beginnt die Haftung desselben mit der Übernahme jedes einzelnen Stückes, also nicht erst dann, wenn sich das gesamte Gut in seinem Besitze befindet.

[1]) vergl. R.-O.-H.-G. IX, S. 301.

β) Des Empfängers.

§ 19.

Es ist nunmehr noch die „Annahme" des Frachtgutes durch den Empfänger zu erörtern[1]). Nach § 436 H.-G.-B. wird der Empfänger durch Annahme von Gut und Frachtbrief verpflichtet, dem Frachtführer nach Massgabe des Frachtbriefes Zahlung zu leisten.

Von vornherein ist der Adressat eines Frachtgutes nicht verpflichtet, dasselbe anzunehmen, es sei denn, dass Absender und Empfänger dieselbe Person seien, oder dass sich der Empfänger dem Frachtführer gegenüber besonders zur Annahme verpflichtet hat; es gibt demnach auch keinen Annahmeverzug des Empfängers dem Frachtführer gegenüber[2]). Ein rechtliches Verhältnis zwischen beiden wird erst durch das (im § 436 genannte) Moment der Annahme des Gutes und des Frachtbriefs geschaffen. Es fragt sich nun, was ist die Annahme des Empfängers, wie ist sie juristisch zu betrachten?

Diese Frage kann nicht beantwortet werden, ohne zunächst das rechtliche Verhältnis zwischen Absender, Frachtführer und Empfänger zu erörtern. Man könnte vermuten, der Empfänger kontrahiere durch die Annahme von Gut und Frachtbrief mit dem Frachtführer; es liege ein Realkontrakt vor[3]), dessen Offerte in der Leistung des Frachtführers zu suchen sei, und welcher durch die Annahme dieser Leistung (bestehend in Gut und Frachtbrief) perfekt werde. — Hiergegen ist zu erwidern, dass ein Realkontrakt keinenfalls vorliegt, denn die Annahme im § 436 braucht nicht notwendig realiter zu erfolgen, sondern kann auch durch blosse Erklärung vollzogen werden, ehe überhaupt der Frachtführer das Gut angeboten hat. Es wird zwischen dem Empfänger und dem

---

[1]) in §§ 436, 437, 438.

[2]) dem Absender gegenüber kann der Empfänger z. B. als Käufer sehr wohl in Annahmeverzug geraten.

[3]) So Koch, Komm., S. 410.

Frachtführer überhaupt kein Vertrag geschlossen, denn die Rechte des ersteren auf Auslieferung des Gutes u. s. w. existieren schon, ehe der Frachtführer mit ihm in Berührung kommt, in gewissem Masse sogar schon, ehe der Frachtführer am Bestimmungsorte anlangt.

In den Protokollen der 3. Lesung zu Art. 406 des alten H.-G.-B. ist dann die Auffassung vertreten[1]), die Annahme von Gut und Frachtbrief sei die Annahme einer im Frachtbrief enthaltenen Anweisung seitens des Absenders. Der Empfänger, „welcher das Frachtgut unter derjenigen Bedingung annehme, unter welcher der Absender ihm dasselbe zur Empfangnahme vorstelle, acceptiere dem Frachtführer gegenüber die in dem Frachtbrief enthaltene Anweisung zur Zahlung der Fracht." — Zu dieser Ansicht ist zu bemerken, dass der Frachtbrief wohl schwerlich eine Anweisung enthält. Sodann würde für diese Theorie stets die Ausstellung eines Frachtbriefes vorausgesetzt werden müssen, denn wie sollte sonst die Anweisung übermittelt werden; ein Frachtbrief braucht garnicht vorhanden zu sein. (vergl. § 426 H.-G.-B.) — Viel (und in verschiedenen Variationen vergl. Eger II, S. 88) vertreten ist die von Goldschmidt[2]) aufgestellte und von Eger verfochtene Ansicht, dass der Empfänger Cessionar des Absenders sei. Eger erklärt die Theorie der fingierten Cession folgendermassen[3]): „In der Bezeichnung des Empfängers im Frachtvertrage bezw. Frachtbrief liegt ohne weitere Cessionsurkunde die Übereinkunft zwischen Absender und Frachtführer, dass dem Empfänger nach der Ankunft des Gutes (oder nach dem Ankommensollen) am Ablieferungsorte die Cession der Rechte aus dem Frachtvertrage unter gleichzeitiger Übernahme der damit verknüpften Pflichten offeriert werden und der Frachtführer bei Annahme dieser Offerte verpflichtet sein solle, den Empfänger als seinen Mitkontrahenten anzuerkennen." Die Annahme in § 436 H.-G.-B.

[1]) Prot. S. 5100 ff.
[2]) Handbuch des Handelsrechts S. 749.
[3]) Frachtrecht II S. 88.

würde also hiernach die Annahme der Cessionsofferte sein, welche nach der Ankunft des Gutes am Ablieferungsorte fingiert wird [1]). Damit würde dann der Empfänger als Cessionar in den Frachtvertrag eintreten, und neben den Vertragsrechten auch die Pflichten, also auch die Zahlungspflicht (soweit der Frachtbrief dies angibt) übernehmen. Gegen diese Theorie ist folgendes anzuführen: Wenn das Recht des Empfängers das Recht eines Cessionars wäre, dann müsste der Frachtführer gegen denselben auch alle Einreden haben, die ihm gegen den Absender als den Cedenten zustanden (§ 404 B. G.-B.). Dies ist aber nicht der Fall, sondern er hat nur diejenigen Einreden, welche sich aus dem Frachtvertrage ergeben. Das Hauptargument gegen die Cessionstheorie beruht aber darin, dass ein Stadium vorhanden ist, wo die Rechte des Absenders neben denen des Empfängers bestehen, und dies ist mit der Annahme einer Cession schlechterdings nicht vereinbar. Das Recht des Empfängers entsteht (d. h. der Empfänger kann die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte geltend machen) nach der Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung (§ 435 H.-G.-B.), sämtliche Rechte des Absenders bestehen aber fort, bis der Frachtbrief dem Empfänger übergeben oder von dem Empfänger gegen den Frachtführer Klage erhoben wird [2]). (§ 433 Abs. 2).

Am besten lässt sich der Frachtvertrag in die Kategorie der Verträge zugunsten Dritter einreihen [3]). Der Vertrag wird zwischen dem Absender und dem Frachtführer als Parteien geschlossen mit der Massgabe, dass der Frachtführer das Gut zum Wohnsitz eines gewissen Dritten gegen Entgeld zu transportieren habe. Hierbei soll der Dritte, der Empfänger, das Recht haben, die Auslieferung zu beanspruchen. Es steht nun vollkommen im Belieben der Parteien, zu bestimmen, wann jener Dritte das Recht selbstständig geltend machen kann. Ist jedoch nichts hierüber festgesetzt, so treten die gesetzlichen Bestimmungen

---

[1]) Eger II, S. 264.

[2]) Das Verfolgungsrecht des Absenders dauert sogar noch bis zur „Annahme“ vergl. unten! fort. (K. O. § 44)

[3]) ebenso Cosack S. 433, Dernburg, Pand., S. 55, v. Gerber, Deutsch. Privatr., S. 333, Lehmann S. 341.

ein, nach welchen sich das Recht des Empfänges etappenweise vergrössert, bis es nach der Ankunft des Gutes am Ablieferungsorte vollkommen geworden ist. Drei Zeitpunkte sind in dieser Hinsicht von Bedeutung: 1. Das Recht des Dritten, des Empfängers, aus dem Frachtvertrage entsteht mit dem Abschluss des Vertrages, es ruht aber vollkommen, bis der Absender dem Frachtführer das Gut übergeben hat. 2. Von diesem Moment an bis zur Ankunft des Frachtgutes am Ablieferungsorte zeigen sich Wirkungen von dem Vorhandensein des Rechts des Empfängers, insofern er berechtigt ist (im Zweifel jedoch nicht auch verpflichtet,[1]) die zur Sicherstellung des Gutes erforderlichen Massregeln zu treffen und demgemäss die hierzu erforderlichen Anweisungen dem Frachtführer zu erteilen. 3. Mit der Ankunft des Frachtgutes am Ablieferungsorte ist das Recht des Empfängers aus dem Frachtvertrage voll zur Wirkung gelangt, d. h. er kann dasselbe im eigenen Namen geltend machen „ohne Unterschied, ob er hierbei im eigenen oder im fremden Interesse handelt." (§ 435 H.-G.-B.) — Von jetzt ab bestehen das Recht des Absenders und das Recht des Empfängers nebeneinander; der Absender kann dem Frachtführer auch noch beliebig andere Instruktionen bezüglich der Zeit der Ablieferung u. s. w. erteilen, und insofern ist das Recht des Empfängers noch dem Recht des Absenders untergeordnet[2]). Das Verfügungsrecht des Absenders erlischt erst mit der Übergabe des Frachtbriefes oder der Klageerhebung des Empfängers auf Übergabe des Frachtbriefes oder Auslieferung des Frachtgutes. Diese stufenweise Entwicklung des Rechts des Empfängers lässt sich mit der Cessionstheorie ebenfalls nicht vereinbaren, während sie nach der Auffassung des Frachtvertrages als Vertrag zu gunsten Dritter ganz natürlich erscheint. Auch die übrigen Bestimmungen über die Verträge zu gunsten Dritter treffen zu, soweit sie überhaupt Anwendung finden können; so kann

---

[1]) Eine Verpflichtung zur Sicherstellung des Gutes auch dem Frachtführer gegenüber lässt sich jedoch unter Umständen aus allgemeinen Grundsätzen folgern, vergl. § 347 Abs. 1 H.-G.-B.

[2]) vergl. § 435 H.-G.-B., letzter Satz.

z. B. der Versprechensempfänger, hier der Absender, die Leistung an den Empfänger von dem Frachtführer auch dann noch verlangen, wenn dem Empfänger bereits das selbständige Recht aus dem Frachtvertrage zusteht (§ 335); ebenso findet § 334 bezüglich der Einreden des Frachtführers und § 333 betreffend das Ausschlagungsrecht der Leistung seitens des Dritten Anwendung.

§ 20.

Nachdem der Empfänger nach Ankunft des Frachtgutes am Ablieferungsorte in der Lage ist, die Rechte aus dem Frachtvertrage nach § 435 H.-G.-B. (allerdings nur gegen gleichzeitige Erfüllung der Verbindlichkeiten) im eigenen Namen geltend zu machen, kommt es nun darauf an, ob er von der ihm zustehenden Befugnis Gebrauch machen will; verpflichtet ist er dazu an sich nicht. Er kann also auf die Geltendmachung der Rechte aus dem Frachtvertrage verzichten, m. a. W. das Gut zurückweisen, oder er kann in den Vertrag eintreten.

Diesen Willen, in den Frachtvertrag einzutreten, kann der Empfänger ausdrücklich erklären. Gibt er keine diesbezügliche Erklärung ab, so ist dieser Wille in der „Annahme" von Gut und Frachtbrief zu präsumieren[1]). Die „Annahme" stellt sich also als ein Willensakt dar[2]).

Die Zahlung der Fracht kann der Empfänger nun dem Frachtführer gegenüber ebenfalls ausdrücklich übernehmen (durch einen besonderen Vertrag), denn hierzu bedarf es noch eines besonderen Verpflichtungsgrundes; durch den Frachtvertrag ist nämlich die Pflicht des Empfängers zur Zahlung der Fracht u. s. w. nicht begründet. Mangels derartiger Abreden tritt die Pflicht zur Zahlung kraft Gesetzesvorschrift ein, und zwar ist dieselbe an die „Annahme" von Gut und Frachtbrief geknüpft[3]).

---

[1]) § 436. Gleiche Bedeutung hat die Klageerhebung aus § 435, vergl. Anm. S. 85.

[2]) ebenso Lehmann, Komm., S. 345.

[3]) „ Lehmann, a. a. O., S. 345.

Gerade dieser Umstand, dass mit der Annahme auch die Pflicht zur Zahlung nach Massgabe des Frachtbriefes unmittelbar verbunden ist, hat Zweifel an der Natur des Frachtvertrages als Vertrag zu gunsten Dritter hervorgerufen [1]); man sagte sich, dass ein solcher Vertrag wohl einem Dritten ein Recht gewähren, aber nicht zugleich auch eine Pflicht auferlegen könne. Hierzu ist zu bemerken, das man Recht und Pflicht des Empfängers scharf auseinander halten muss; das Recht erhält er durch den Frachtvertrag, die Pflicht zur Zahlung wird ihm durch Gesetzesvorschrift auferlegt, falls eben keine anderen Vereinbarungen getroffen sind, oder der Absender selbst die Fracht u. s. w. nicht zahlt.

Die „Annahme" braucht nun nicht in der Weise zu erfolgen, dass der Empfänger Gut und Frachtbrief in seinen unmittelbaren Besitz nimmt, sondern es genügt, wenn er nach Einsicht des Frachtbriefes dem Frachtführer erklärt, er nehme das Gut an, es solle aber noch eine Zeit lang bei dem Frachtführer lagern; oder wenn er direkt einen Verwahrungsvertrag mit ihm selbst schliesst. Die „Annahme" des Empfängers ist also die Übernahme von Gut und Frachtbrief in seine Verfügungsgewalt, in seinen mittelbaren Besitz. Die Regel wird zwar auch hier sein, dass er beides in seinen unmittelbaren Besitz nimmt; es genügt jedoch schon, wenn er den mittelbaren Besitz erlangt hat; sodass der Frachtführer jetzt nur noch für den Empfänger besitzt. Umgekehrt kann noch nicht daraus, dass Gut und Frachtbrief sich im Hause des Empfängers befinden, mit Sicherheit gefolgert werden, dass hiermit auch die „Annahme" erfolgt sei. Es ist ja denkbar, dass ihm Gut und Frachtbrief während seiner Abwesenheit ins Haus gebracht sind. Der Empfänger muss daher erst Kenntnis von ihrem Vorhandensein erlangt und sein Einverständnis zu erkennen gegeben haben. Letzteres wird man unter Umständen daraus entnehmen können, dass er Gut und Frachtbrief nicht zurückgibt [2]). — War dem Empfänger das Gut lediglich „zur Besichtigung"

[1]) Eger, II, a. a. O. S. 88.
[2]) Ebenso R.-O.-H.-G., Bd. 20, S. 410.

überlassen, so liegt darin selbstverständlich keine „Annahme". „Angenommen" ist das Gut in solchem Falle erst dann, wenn der Empfänger erklärt, er sei mit ihm einverstanden und werde es behalten.

Da die „Annahme" ein Willensakt ist, so ist sie anfechtbar, z. B. wenn der Empfänger über die Person des Absenders im Irrtum war, oder wenn ein anderer Anfechtungsgrund, etwa Täuschung vorliegt. Da aber der Empfänger durch die „Annahme" ex lege verpflichtet wird, dem Frachtführer nach Massgabe des Frachtbriefes Zahlung zu leisten, so kann er, wenn er „annimmt", seine Zahlungspflicht nicht einseitig ausschliessen, er kann m. a. W. nicht unter Protest gegen seine Zahlungspficht „annehmen" [1]). Nur durch Vertrag mit dem Frachtführer lassen sich hierüber abweichende Bestimmungen treffen.

Die „Annahme" des Empfängers ist der Regel nach die Besitzübernahme von Gut und Frachtbrief, eins allein genügt nicht. Nimmt der Empfänger bloss das Gut in seinen Besitz, ohne den Frachtbrief gesehen zu haben, so wird man daraus nicht ohne weiteres schliessen können, dass er die Absicht habe „anzunehmen"; die Besitzübernahme könnte ja in Erfüllung der vorläufigen Aufbewahrungspflicht aus § 379 H.-G.-B. erfolgen. Erst wenn sich der Empfänger auch ohne Kenntnis des Frachtbriefes mit dessen Bestimmungen einverstanden erklärt, oder sein Einverständnis aus den begleitenden Umständen zu entnehmen ist, ist die „Annahme" erfolgt, und damit die Zahlungspflicht entstanden. Ebenso genügt die Ansichnahme des Frachtbriefes allein nicht. War hingegen überhaupt kein Frachtbrief ausgestellt, so ist in der Besitzübernahme des Frachtgutes die „Annahme" zu erblicken.

---

[1]) Ebenso Cosack, H.-G.-B., S. 433 und Lehmann S. 345; anderer Meinung jedoch Thöl, III, S. 63 und Staub, II, S. 1533.

Empfangnahme.

§ 21.

Das B. G.-B. verwendet den Begriff der Empfangnahme in den Bestimmungen über den Kauf nicht, auch das neue H.-G.-B. gebraucht diesen Begriff in den Vorschriften über den Kauf und im Frachtrecht im technischen Sinne nicht mehr; eigentliche Bedeutung hat er nur noch für das alte H.-G.-B. (In § 450 H.-G.-B findet er sich noch, jedoch bedeutet er hier nichts anderes als Inbesitznahme).

Art. 343 bestimmt: „Der Verkäufer ist verpflichtet, die Ware, solange der Käufer mit der Empfangnahme nicht im Verzuge ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns aufzubewahren. Ist der Verkäufer mit der Empfangnahme im Verzuge, so . . . . .“ Art. 346 sagt: „Der Käufer ist verpflichtet, die Ware zu empfangen, sofern sie vertragsmässig beschaffen ist oder in Ermangelung besonderer Verabredung den gesetzlichen Erfordernissen entspricht. Die Empfangnahme muss sofort geschehen, wenn nicht ein Anderes bedungen oder ortsgebräuchlich oder durch die Umstände geboten ist.“

Bezüglich der Bedeutung des hier verwendeten Begriffes der „Empfangnahme“ (beziehungsweise „empfangen“) erscheint es geboten, auf die Protokolle zum alten H.-G.-B. einzugehen. Wenn uns in denselben auch nur die subjektiven Ansichten der Redaktoren mitgeteilt werden, so sind sie doch immer insofern von Wert, als man daraus ersehen kann, wie sich dieselben die „Empfangnahme“ gedacht haben, welchen Zweck sie überhaupt mit den in Frage stehenden Gesetzesbestimmungen verfolgen wollten.

In den Entwürfen zu Art. 343 (Art. 260 des preussischen und 320 des deutschen Entwurfs) findet sich bereits der Begriff „Empfangnahme“. Es wurde dem Verkäufer hier die Pflicht auferlegt, bis zur „Empfangnahme“ die Ware mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns aufzubewahren. Sodann waren die Rechte des Verkäufers aufgezählt, die er in dem Falle

hatte, dass der Käufer mit der Empfangnahme im Verzug war. — Bei Beratung des Artikels 320 im deutschen Entwurf 2. Lesung wurde beantragt, statt „Empfangnahme“ „Abnahme“ zu setzen, da es sich hier um den Akt der Hinwegnahme handele[1]), unter Empfangnahme aber an mehreren grossen Handelsplätzen der kaufmännische Empfang der Güter d. h. deren Zuwägung, Zumessung und dergl. und die Genehmigung derselben verstanden werde. Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt, in der Erwägung, dass die Rücksicht auf einen solchen besonderen Sprachgebrauch für die Diktion des Gesetzes nicht massgebend und bindend sein könne.

In Art. 263 des preuss. Entwurfes zu einem H.-G.-B., später Art. 346, steht: „Der Käufer ist verpflichtet, die Ware „abzunehmen“,sofern sie vertragsmässig beschaffen und fehlerfrei ist. Die Abnahme muss sofort geschehen, wenn nicht . .“

Bei der Beratung wurde der Antrag gestellt und angenommen[2]), statt „Abnahme“ und „abnehmen“ „Empfangnahme“ und „empfangen“ zu setzen, weil hiermit die Entgegennahme der Tradition richtiger bezeichnet werde, auf welche es hier doch allein anzukommen habe, während es auf die Abnahme, also das Hinwegholen kaum ankommen könne.

Unter „Empfangnahme“ wurde also in Art. 343 die faktische Hinwegnahme und in Art. 346 die Entgegennahme der traditio verstanden. Eine einheitliche Auffassung des Begriffes „Empfangnahme“ herrscht demnach auch unter den Redaktoren des alten alten H.-G.-B. nicht.

Wie schwankend die Auffassung des Begriffs der „Empfangnahme“ schon unter den Redaktoren war, mag noch ein Vergleich mit Art. 264 des preuss. Entwurfs zeigen[3]). In Art. 264 (später Art. 347) stand zuerst „Beim Distanzkauf hat der Käufer ohne Verzug nach der Ablieferung die Ware zu

---

[1]) Protokoll S. 5077.
[2]) Lutz, Prot., S. 643.
[3]) Hanausek S. 259, Anm.

untersuchen . . . . versäumt er dies, so gilt die Ware als empfangen und genehmigt. . . . . " Zuerst wurde beantragt [1]) die Worte „empfangen und" zu streichen, weil im Abs. 1 von abgelieferten, also bereits empfangenen Waren die Rede sei, von diesen aber nicht gesagt werden könne, dass sie im Falle des Abs. 2 als „empfangen" gelten sollten. Hiergegen wurde bemerkt, dass an manchen Orten der Ausdruck „empfangen" die Anerkennung der richtigen Zuzählung, Zuwägung oder Zumessung, nicht aber die blosse Entgegennahme der Ablieferung bezeichne, dagegen mit „genehmigt" mehr die Anerkennung der entsprechenden Qualität gemeint werde. Der Antrag wurde dann in erster Lesung abgelehnt, in zweiter Lesung aber erneuert und angenommen aus dem Grunde, weil „empfangen" nur von dem merkantilen Empfange verstanden werden könne und daher mit „genehmigt" identisch sei. Hier haben wir also noch eine dritte Auffassung der „Empfangnahme" als Genehmigung der Qualität.

Was zunächst die „Empfangnahme" in Art. 343 anlangt, so wird dieselbe wohl ziemlich allgemein als die tatsächliche Inbesitznahme, Ansichnahme definiert. („Abnahme" im Sinne des B. G.-B.) [2]). Auch das R.-G. steht in der Entscheidung Bd. 43, No. 9, S. 46 auf diesen Standpunkte. Allerdings hat es sich wie bereits erwähnt wurde, in einer früheren Entscheidung anders ausgesprochen [3]) und ausgeführt, dass die Empfangnahme erst in der Erklärung des Käufers, dass er die Ware in Erfüllung des Vertrages annehme, liege.

Jedenfalls ist mit der „Empfangnahme" in Art. 343 nicht die Entgegennahme der Tradition [4]) gemeint, wie ja auch schon die Protokolle ergeben; ausserdem würde dem Art. 343 dann viel von seiner Bedeutung genommen werden, denn dem Verkäufer wären seine Rechte aus Art. 343 genommen, sobald die

[1]) Lutz, Prot., S. 648.
[2]) Vergl. Endemann, II, S. 659, Staub, 5. Aufl., § 1 zu Art. 343, S. 858, Hanausek S. 258, Anm. 4, ferner R.-O.-H.-G. VIII No. 54, S. 222, IX No. 24, S. 81.
[3]) Entsch. vom 6. März 1880 in Goldschmidt's Zeitschr. 26, S. 564.
[4]) vergl. R.-O.-H.-G. IX, No. 24, S. 81.

Ware tradiert wäre, später vom Käufer aber nicht in Besitz genommen würde. — Genehmigung der Qualität kann „Empfangnahme“ hier auch nicht bedeuten, denn in diesem Falle wäre erst „empfangen“, wenn der Käufer ausdrücklich die Ware genehmigt hätte, oder die Frist für die Mängelrüge abgelaufen wäre. Der Verkäufer hätte also so lange noch die Rechte aus Art. 343 H.-G.-B. — Es kann sich lediglich nur noch darum handeln, ob die „Empfangnahme“ im Art. 343 gleich der körperlichen Ansichnahme, „Abnahme“ im Sinne des B. G.-B., oder gleich der Ansichnahme cum animo solvendi, „Annahme“ im Sinne des B. G.-B., aufzufassen ist. Die herrschende Meinung scheint sich für das erstere entschieden zu haben (vergl. oben), doch möchte ich annehmen, dass in der „Empfangnahme“ des Art. 343 mehr als die lokale „Abnahme“ liegt, dass sie vielmehr gleich der „Annahme“ als die Wegnahme der Sache als „Erfüllung“ zu betrachten ist, damit der Verkäufer auch in dem Falle, dass der Käufer ihm die gelieferte Ware nach der Inbesitznahme sofort zur Verfügung stellt, das Recht des Selbsthülfeverkaufs hat und in diesem Falle nicht schlechter gestellt ist, als wenn der Käufer von vornherein die Inbesitznahme verweigert.

Sehr streitig ist der Begriff „Empfangnahme“ in Art. 346 H.-G.-B. Nach den Protokollen [1]) ist dieselbe von den Redaktoren als Entgegennahme der Tradition gedacht. Was diese jedoch mit der ganzen Bestimmung des Art. 346 beabsichtigten, ist nicht recht klar. Am nächsten liegt die Vermutung, man habe gefolgert, wenn die Ware tradiert ist, ist sie in der Regel im Besitze des Käufers (abgesehen von den Fällen der Tradition durch Konnossement, oder wenn die Ware nach der Tradition dem Verkäufer belassen wird). Aber auf die körperliche Befreiung des Verkäufers von der Ware kommt es nach dem Protokolle S. 642 garnicht an. Der Begriff „Empfangnahme“ wurde daher anders interpretiert. Namentlich tauchte die Auffassung, welche die „Empfangnahme“ in kaufmännischen Kreisen hatte, wieder auf,[2]) die Auffassung der „Empfang-

[1]) S. 642.
[2]) Hanausek, a. a. O., S. 258, Anm. 4, Thöl § 269, Anm. 2.

nahme“ als Entgegennahme der Ware unter gleichzeitiger Billigung der Qualität [1]). — Das R.-G. fasst sie nicht als Entgegennahme der Ware unter gleichzeitiger Billigung der Qualität auf, sondern als Entgegennahme cum animo solvendi, „Annahme“ im Sinne des B. G.-B., denn es sagt: [2]) „In der Aufnahme der übersandten Waren liegt noch keine Empfangnahme d. h. keine Erklärung des Käufers, dass er die Übergabe der Ware als Erfällung anerkenne“. Auch in dieser Auffassung hat die Bestimmung des Art. 346 keine praktische Bedeutung, denn das R.-G. sagt mit Bezug auf Art. 346 [3]) „ob der Gläubiger eine ihm angebotene Leistung annehmen will, hängt von ihm ab, die Annahme ist sein Recht, aber keine Pflicht, zu deren Erfüllung er im Wege der Klage angehalten werden könne.“ Ähnlich R.-G. XXVI No. 39, S. 213 und XXX, S. 118, wo ausdrücklich betont wird, dass Art. 346 nicht die Bedeutung habe, ein Klagerecht auf die „Empfangnahme“ einzuführen. Gibt man der „Empfangnahme“ die Bedeutung der „Annahme“, wie das R.-G. es getan hat, so kann man den Käufer auch nicht zur Empfangnahme zwingen, denn die Annahme ist ein Recht, welches dem Käufer als Gläubiger zusteht. Kein Gläubiger kann durch Klage gezwungen werden, eine ihm auf Grund des Vertrags angebotene Leistung als die ihm geschuldete, als die Erfüllung des Vertrages hinzunehmen. Er kann wohl zur faktischen Wegnahme der Leistung gezwungen werden, dazu bedarf es dann aber eines besonderen Verpflichtungsgrundes. M. E. hat man mit Art. 263 des preuss. Entw. ursprünglich eine solche Bestimmung geben wollen, auf grund deren der Käufer zur Wegnahme, Ansichnahme, „Abnahme“ der Leistung durch Klage gezwungen werden konnte, denn im Art. 263 des preuss. Entwurfs war von „Abnahme“ und „abnehmen“ die Rede. Durch die Änderung dieser Begriffe in „Empfangnahme“ und „empfangen“ mit der oben an-

[1]) Vergl. Gareis in Endemanns Handbuch II, S. 660, Brinkmann, H.-R. § 74, S. 296; ebenso R.-O.-H.-G. I, No. 35, S. 126, IV No. 4, S. 17, VI No. 46, S. 220, XI No. 115, S. 367: „Anerkennung der probemässigen resp. vertragsmässigen Beschaffenheit der Ware. (Empfangnahme im Sinne des Art. 346 H.-G.-B.)

[2]) R.-G. III No. 26, S. 89.

[3]) XIV, S. 247.

gegebenen Motivierung hat man den Art. (263) 346 praktisch bedeutungslos gemacht. Wäre Art. 263 so geblieben, so wäre die wahrscheinliche Folge gewesen, dass e ne allgemeine Klage auf Abnahme bereits früher anerkannt worden wäre.

Da also Art. 346 bedeutungslos ist, wenn man die „Empfangnahme" so auffasst, wie die Redaktoren, das Reichsoberhandelsgericht und das Reichsgericht es getan haben — so haben einige [1]) ohne Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des Art. 346 der Empfangnahme die Bedeutung gegeben, die hier wohl die allein zweckmässige war, nämlich die der „Abnahme"; infolgedessen konnte dann auch eine Klage auf „Empfangnahme" (Abnahme) auf grund des Art. 346 gewährt werden. Diese Umdeutung des Begriffes „Empfangnahme" ist zwar gewaltsam, insofern sie der Ansicht der Redaktoren des Gesetzes widerspricht, doch war sie aus praktischen Rücksichten geboten; ausserdem enthalten ja die Protokolle nur die subjektiven Ansichten der Redaktoren, die allein nicht ausschlaggebend sind. Dass die letztgenannte Auffassung der „Empfangnahme" auch weiterhin Anklang gefunden hat, geht daraus hervor, dass sich die Motive II, S. 318 bei Begründung des § 433 Abs. 2 auf Art. 346 H.-G.-B. beziehen.

Fasst man das Gesagte kurz zusammen, so kann man sagen, dass „Empfangnahme" ein Kollektivbegriff ist; sie ist in Art. 343 gleich „Annahme" und in Art. 346 gleich „Abnahme" aufzufassen. Die neuere Gesetzgebung hat daher in richtiger Weise den Begriff „Empfangnahme" beim Kauf überhaupt vermieden, und statt dessen an den betreffenden Stellen die genaueren technischen Begriffe „Abnahme" und „Annahme" gesetzt.

Auch im Frachtrecht verwendete das alte H.-G.-B. den Begriff „Empfangnahme", und zwar in Art. 395 und 408, wo es sich um die Haftung des Frachtführers ex recepto von der „Empfangnahme" bis zur Ablieferung handelt. Die in diesen Artikeln enthaltenen Vorschriften sind in das neue H.-G.-B.

[1]) Hanausek S. 258, Anm. 4, Staub V, S. 874, Thöl, § 269, 277, namentlich § 280, S. 940 „empfangen d. h. den Besitz entgegennehmen".

§ 429 und 438 übergegangen,[1]) jedoch spricht § 429 nicht mehr von „Empfangnahme", sondern es hat diesen Begriff durch „Annahme" ersetzt. In § 438 heisst es an dieser Stelle: „Übernahme" des Guts durch den Frachtführer. In der Reichstagsvorlage stand im § 429 zuerst statt der „Empfangnahme" „Annahme zur Beförderung", wie jetzt noch in § 436 und 457 H.-G.-B., doch ist der Zusatz „zur Beförderung" von der Kommission ohne Angabe des Grundes gestrichen worden. Eine sachliche Änderung scheint jedoch damit nicht beabsichtigt zu sein, denn sonst würde wohl in den Protokollen darauf hingewiesen sein. In Wirklichkeit lässt sich die „Empfangnahme" hier auch nicht anders auffassen, als oben die „Annahme" des Frachtführers in § 18; sie ist also die tatsächliche Besitzübernahme des Frachtgutes durch den Frachtführer in seiner Eigenschaft als Frachtführer. Bezüglich des Näheren wird auf das oben S. 55 § 18 Ausgeführte verwiesen.

Der Begriff „Empfangnahme" findet sich dann noch einmal in Art. 428 H.-G.-B. Er ist hier vom Empfänger gebraucht, während sonst das alte H.-G.-B. stets von „Annahme" des Empfängers (Art. 406 bis Art. 408) spricht. Ein sachlicher Unterschied zwischen der „Empfangnahme" in Art. 428 und „Annahme" in Art. 406—408 ist jedoch nicht vorhanden; die „Empfangnahme" in Art. 428 ist lediglich ein Synonymon für „Annahme" d. h. für die „Annahme" des Empfängers, die Besitzübernahme von Gut und Frachtbrief. Insofern liegt hier nur eine Inkonsequenz in der Ausdrucksweise vor.

[1]) allerdings ist die Haftung des Frachtführers in § 429 gegen früher etwas gemildert.